

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

DIRITTO TRIBUTARIO EUROPEO

Ciclo XXIX

Settore Concorsuale: 12/D2 – DIRITTO TRIBUTARIO

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/12

II *TRANSFER PRICING* NELLE TRANSAZIONI DI
INTANGIBLES

Presentata da: Giulia Salvador

Coordinatore Dottorato

Chiar.mo . Prof. Andrea Mondini

Supervisore

Chiar.mo . Prof. Andrea Mondini

Esame finale anno 2018

Indice

Introduzione.....	6
-------------------	---

Parte Prima. L'evoluzione storica della disciplina del transfer pricing.

<i>Capitolo 1.</i> Il <i>Transfer pricing</i> : genesi ed evoluzione della disciplina nel diritto internazionale tributario a partire dall'adesione della “ <i>Separate accounting theory</i> ” ed il superamento della “ <i>Global formulary apportionment</i> ”.	10
---	----

<i>Capitolo 2.</i> Il <i>Transfer pricing</i> nei trattati sulla doppia imposizione internazionale: gli artt. 9, 11 e 12 del Modello OCSE e l'adozione dell’“ <i>arm's length principle</i> ”	16
--	----

<i>Capitolo 3.</i> Il principio dell’ <i>arm's length principle</i> come sviluppato nell'ordinamento statunitense e successivamente nelle <i>Transfer pricing Guidelines</i> OCSE e la sua elaborazione attraverso l'analisi delle metodologie di <i>Transfer pricing</i> . Lo sviluppo dell'utilizzo dei “ <i>fourth methods</i> ” e dell’“ <i>arm's length range</i> ” quale strumento per superare le problematiche dell'individuazione del corrispettivo di libera concorrenza nelle transazioni aventi ad oggetto <i>intangibile</i> ed adattare il principio dell’ <i>arm's length</i> allo sviluppo dell'economia globale moderna.....	26
--	----

<i>Capitolo 4.</i> Il principio dell’ <i>arm's length</i> nel diritto tributario europeo.....	53
--	----

Capitolo 5.	L'importanza dell'“ <i>Action Plan on base Erosion and Profit shifting</i> ” nella revisione delle <i>Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations: “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation” Action 8-10 Finale Report</i> ”	58
--------------------	---	----

Parte seconda. La nozione di “intangible” ai fini dell'applicazione della disciplina del transfer pricing.

Capitolo 1.	La nozione di “intangible” nel diritto tributario internazionale e secondo l'Ocse ai fini dell'applicazione della disciplina del <i>transfer pricing</i> : l'analisi del Capitolo 6 delle <i>Transfer pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017</i> , “ <i>Special Considerations for Intangible Property</i> ”. La necessità di valutazione dell' <i>intangible</i> nel contesto della transazione: l'individuazione di un criterio adeguato di imputazione dei ricavi derivanti dall'utilizzo degli “ <i>intangibles</i> ” tra titolarità formale e sostanziale degli stessi: “ <i>Functions, assets, and risks related to intangibles</i> ”. Questioni di qualificazione degli <i>intangibles</i> : la linea sottile di demarcazione tra trasferimento di beni immateriali e prestazioni di servizi.....	71
--------------------	---	----

Capitolo 2.	Le prestazioni di servizio intra - gruppo come regolate dal Capitolo 7 delle <i>Transfer Pricing Guidelines “Special Considerations for Intra – Group Services”</i> : la rilevanza dell'individuazione dei criteri idonei a verificare la natura e l'effettività dei medesimi, l'utilità plurima e la duplicità della prestazione di servizi ai fini dell'individuazione di quelle soggette a remunerazione tra parti indipendenti.....	108
--------------------	---	-----

Capitolo 3. I Cost Contribution Arrangements: La revisione del Capitolo VIII delle <i>Transfer Pricing Guidelines</i>	129
---	-----

Parte terza. Le metodologie di determinazione del corrispettivo di libera concorrenza.

Capitolo 1. Le metodologie di determinazione del corrispettivo di libera concorrenza alla luce delle novità introdotte dall’attuazione delle Action 8-10.....	138
--	-----

Capitolo 2. Il <i>Comparable Uncontrolled Price Method</i> (“CUP”).....	143
--	-----

Capitolo 3. Il <i>Transactional Profit Split Method</i> e lo sviluppo del <i>Residual Profit Split Method</i>	146
--	-----

Capitolo 4. L’applicazione del <i>Residual Profit Shifting</i> e la necessità di maggior informazioni rispetto ai rapporti tra le entità del gruppo multinazionale: l’importanza dell’Action 13 ed il Country by Country Report. L’Ocse si sta muovendo verso il superamento di una rigida applicazione del “ <i>Separate accounting theory</i> ”, abbracciando gli aspetti positivi del “ <i>Global formulary apportionment</i> ”?.....	150
---	-----

Capitolo 5. Ulteriori metodologie di determinazione del valore dei beni intangibili.....	156
---	-----

Parte Quarta. La disciplina italiana del Transfer Pricing nelle transazioni con oggetto beni immateriali e prestazioni di servizi.

Capitolo 1. L’evoluzione della disciplina italiana dei prezzi di	
---	--

trasferimento in adeguamento alla disciplina di diritto tributario internazionale.	160
---	-----

Capitolo 2. La disciplina del regime opzionale di tassazione agevolata per i redditi derivanti dall'utilizzazione di intangibles del Patent Box (l'articolo 1, commi 37-45 della legge n. 190/2014 delle Legge di Stabilità)	168
---	-----

Parte Quinta. Conclusioni. La consapevolezza delle criticità della disciplina del <i>transfer pricing</i> , soprattutto in riferimento agli intangibles, derivanti dall'aleatorietà intrinseca all'adesione del principio di libera concorrenza e della necessità di sviluppo di strumenti ulteriori diretti a dare certezza agli operatori economici.	175
--	-----

Capitolo 1. I “ <i>Safe Harbours</i> ” e la necessità di una disciplina a livello europeo con efficacia regolamentante.	178
---	-----

Capitolo 2. Il progetto per il <i>Common Consolidated Tax Base (CCTB)</i>	183
--	-----

Capitolo 3. Gli <i>Advance Pricing Agreement</i> (c.d. APA) unilaterali e multilaterali. Il rapporto tra i ruling e procedure amichevoli per evitare la doppia imposizione (<i>Mutual Agreement Procedure</i> c.d. Map). La “ <i>Convenzione Multilaterale per l'attuazione di misure relative alle Convenzioni Fiscali finalizzate a prevenire l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti</i> ”.	186
--	-----

Capitolo 4. La Convenzione arbitrale (Direttiva 90/463/CEE) ed	
---	--

i meccanismi di risoluzione delle controversie in materia fiscale nell'Unione europea (Direttiva UE 2017/1852).....	193
---	-----

Capitolo 5. Le innovazioni apportate alla disciplina italiana dall'art. 59, del D.L. 24 aprile 2017, n. 50 (c.d. Manovra correttiva 2017).....	199
---	-----

Capitolo 6. Gli <i>Advance Pricing Agreement</i> e l'eventuale contrasto con la disciplina degli Aiuti di Stato.....	203
---	-----

Capitolo 7. Conclusioni.....	207
-------------------------------------	-----

Indice Bibliografico.....	1
----------------------------------	----------

Introduzione.

L'importanza degli “*intangibles*” per la realizzazione e la gestione con profitto di un'attività di impresa si è sempre più rafforzata nei decenni nell'ambito di un mercato economico oramai globalizzato e caratterizzato da un incremento esponenziale delle transazioni transnazionali infragruppo.

Da un lato, si è assistito non solo ad una maggior valorizzazione economica degli “*Intangibles*”, ma anche ad un loro evolversi in forme differenti non sempre riconducibili ad “*Intellectual property*” (di seguito anche IP), quanto piuttosto a forme di “*Intellectual capital*” (di seguito anche IC) ed “*Intangible assets*” (di seguito anche IA).

Dall'altro lato si è assistito ad operazioni di riorganizzazione societarie dei gruppi multinazionali dirette ad incrementare il profitto con la riduzione dei costi, anche fiscali, mediante la creazione di un ente, preferibilmente di natura societaria, accentrante in sé sia le funzioni di ricerca e sviluppo per la realizzazione degli “*intangibles*” e le funzioni di servizi accessori, il tutto a servizio delle diverse società del gruppo. In alcuni casi, tali società in concreto operano funzioni residuali e, al di là dei rapporti negoziali intessuti, di fatto non esercitano funzioni rilevanti e non concorrono alla realizzazione del *value creation* in guisa da giustificare i profitti realizzati.

Si stima che l'80% del valore delle multinazionali sia costituito dal valore dei loro asset di beni immateriali ¹ ed un terzo dei

¹ Duff & Phelps, *Insight: Transfer Pricing of Intangibles* 07/11/2012, <http://www.duffandphelps.com/insights/publications/compliance-and-regulatory/viewpoints/transfer-pricing-of-intangibles>.

trasferimenti transnazionali intervenga tra società appartenenti al medesimo gruppo societario².

Ne è conseguito che, attualmente come anche nel prossimo futuro, le transazioni transnazionali aventi ad oggetto “*intangibles*” e prestazioni di servizi si incrementeranno - rispetto alle transazioni aventi ad oggetto beni mobili - sia in termini numerici sia quanto ai valori economici rappresentati.

Non ci si può stupire se sia le imprese multinazionali (MNEs) che le rispettive agenzie fiscali di ciascun Stato percepiscono gli “*intangibles*” come un’area di elevata incertezza fiscale.

Intervistato in proposito, un rappresentante del Dipartimento del Tesoro Statunitense ha dichiarato che: ‘*Because they are such a big part of the economy now, and they can be difficult to value, particularly in the case of in-process intangibles. They are also easy to transfer across borders and can generate a lot of profits.*’³.

Inevitabilmente, tale contesto economico pone ancor di più all’attenzione la disciplina internazionale relativa al *transfer pricing*, che proprio in relazione alle transazioni di *intangibles* rileva la portata delle sue criticità.

Soprattutto, il presente studio evidenzierà come la stessa tematica del *transfer pricing* non può essere ridotta ad un mero studio

² Vedi OECD February 2013 Report, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, February 2013, and the *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Luglio 2013, disponibile su www.oecd.org; Giammarco Cottani, *Transfer Pricing*, p. 2, IBFD, 2014.

³ Kevin Bell interviewing Former Treasury Associate International Tax Counsel David Ernick ‘*Former U.S. Official Questions Country-by-Country Approach, Observes Inconsistencies in Discussion Draft on Intangibles*’, (2013) 22, Tax Management Transfer Pricing Report, 554.

od elencazione dei criteri economici di determinazione del valore normale.

Riprendendo le parole di Martin Lagarden nell'articolo *"Intangibles in a Transfer pricing Context: Where does the Road Lead?"*, "Unfortunately, it is rather easy to get lost in a host of technical details or to simply reduce the determination of arm's length prices first and foremost to the application of sophisticated valuation methods. Instead, it is crucial to remind oneself, at times, that a meaningful valuation for transfer pricing purpose must be built upon answer to the questions dealt with in the two preceding sections, namely: what is the subject of the discussion, i.e. which intangibles are relevant to the transaction under consideration? This refer to identification of intangibles. Who owns the intangible in question? Who is entitled to remuneration based on facts and circumstances, i.e. on a legal or contractual basis, or, alternatively, based on relevant (service) contributions with regard to the intangibles? This refers to ownership clarification. Only then is the next step to resolve the "adequacy question" as outlined in Figure 5, namely the determination of an arm's length value or price attributable to the intangibles and /or (potentially) supporting services under consideration within the framework of the relevant intercompany transaction."⁴.

Concordando pienamente con tale impostazione, lo scopo della presente tesi è, in primo luogo, quello di fornire le fondamenta per una esaustiva comprensione delle problematiche oggetto di analisi, in

⁴ M. Lagarden, *Intangibles in a Transfer pricing Context: Where does the Road Lead?*, in *International transfer pricing journal*, September/October 2014, IBFD.

primo luogo ricorrendo anche ad un'essenziale analisi dell'evoluzione storica dell'istituto del *Transfer pricing*.

In secondo luogo, ci occuperemo della qualificazione del concetto di “*intangibles*”, ancora oggetto di forti contrasti interpretativi, al fine anche di delimitare l'ambito operativo della presente analisi in congiunzione con lo studio dei criteri di determinazione della *ownership*.

Successivamente si evidenzieranno i metodi di determinazione dell'*arm's length* più appropriati rispetto alle transazioni con oggetto *intangibles*, ponendosi l'interrogativo se *l'arm's length* sia ancora lo strumento maggiormente idoneo a fronte degli sviluppi dell'attuale economia. Tale analisi sarà sviluppata anche sulla base delle criticità rilevate e dell'esperienza maturata nell'ambito dell'attività lavorativa della scrivente, quale Funzionario dell'Agenzia delle Entrate. In tal veste, infatti, ho avuto l'occasione di confrontarmi sia con rilevanti contenziosi in tema di transfer pricing sia con la trattazione delle istanze di accesso al regime agevolato denominato “Patent Box”.

Conclusivamente, si constaterà che ad oggi come anche agli arbori della nascita del diritto internazionale tributario, le soluzioni alle problematiche connesse al *transfer pricing of intangibles* trovino fondamento sulla contrapposizione tra la adozione di una *separata accounting* o di un *unitary apportionment*⁵.

⁵ J.-P. Vidal, *The Achilles' Heel of the Arm's Length Principle and the Canadian GlaxoSmithKline Case*, INTERTAX, Volume 37, Issue 10, 2009, Kluwer Law International BV, The Netherlands in said: “By definition, a multinational earns income in more than one country. Two approaches can be used to establish the tax payable to each country: the separate accounting approach and the formula apportionment approach. Usually, it is assumed that the separate accounting approach is the obvious choice. However, as illustrated by a recent Canadian tax court case, this method has an Achilles' heel. Since uniqueness and market imperfections are at the heart of the economic profit made by multinationals, it would only seem natural that the

PARTE PRIMA

L'EVOLUZIONE STORICA DELLA DISCIPLINA DEL TRANSFER PRICING.

Capitolo 1. Il Transfer pricing: genesi ed evoluzione della disciplina nel diritto internazionale tributario a partire dall'adesione della “*Separate accounting theory*” ed il superamento della “*Global formulary apportionment*”.

Con il termine *transfer pricing* (o prezzo di trasferimento) viene indicato il complesso di tecniche e procedimenti adottati dalle imprese multinazionali nella formazione dei prezzi relativi alle cessioni di beni ed alle prestazioni di servizi che intervengono tra le diverse entità del gruppo operanti in Stati diversi.

La rilevanza delle questioni attinenti alla determinazione del prezzo dei beni, servizi ed *intangibles* trasferiti infragruppo è rappresentata dalla prevalente dottrina secondo cui il “*International transfer pricing has been recognized as a “potentially explosive political issue”, where “At one extreme, it could be used to minimize or avoid taxes, while at the other, it could expose MNEs to overlapping or double taxation, with grave consequences for international trade”*”⁶.

Secondo le *Guidelines Ocse*⁷ i prezzi di trasferimento rappresentano una questione rilevante sia per i contribuenti che per le

comparables necessary to calculate the arm's length prices do not and cannot exist. These facts plead against the separate accounting approach”.

⁶ M. Markham, *The transfer pricing of intangibles*, Kluwer Law International, p. 1 ss.; C.R. Emmanuel and M. Mehafdi, *Transfer pricing*, Academic Press, London, 1994, p. 62.

⁷ OCSE, *Linee Guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali*, luglio 2010.

amministrazioni fiscali, perché determinano in gran parte il reddito e le spese, e quindi l'utile imponibile delle imprese associate presenti in giurisdizioni fiscali diverse.

Tali opinioni, che qualcuno potrebbe con fondatezza reputare risonanti a confronto della natura di tale istituto, debbono confrontarsi con la genesi ed il percorso storico di quello che possiamo legittimamente qualificare, oltre che come un ben determinato istituto giuridico, anche come un vero e proprio fenomeno economico indice dell'elevata complessità delle negoziazioni commerciali tra le società che operano in un contesto globalizzato, per come si sono sviluppate fin dopo la conclusione della prima guerra mondiale.

Infatti la comprensione dell'istituto del *transfer pricing* e l'analisi delle prospettive future ad esso riservato non può in alcun modo prescindere da una prospettiva di natura storica dell'evoluzione di tutto il diritto internazionale tributario che risalga al periodo successivo alla “*Grande Guerra*” del 1915-1918.

Come evidenziato dalla più autorevole dottrina⁸, la ripresa delle transazioni internazionali successivamente a tale periodo storico si dovette confrontare con una congerie di barriere fiscali nel commercio fra Stati derivanti da un'estensione del sistema di tassazione mondiale⁹, congiunta alla compresenza di criteri di determinazione

⁸ Sul punto G. Maisto, “*Il transfer pricing*” nel diritto tributario italiano e comparato”, 1985, CEDAM, pp. 15 ss.

⁹ Il sistema di imposizione globale viene introdotto:

- nella repubblica federale tedesca il sistema di imposizione globale già veniva anticipato con la Legge del 10 agosto 1925 (Reichsgesetzblatt, I, 208) e relativamente alle società veniva sviluppato dalla sezione 2 della Körperschaftsteuer (KStG);
- in Belgio, il sistema globale apparso nel primo dopo guerra con l'art. 2 delle leggi coordinate del 29 ottobre 1919 e del 3 agosto 1920 con la previsione di aliquote ridotte sui redditi esteri per ridurre l'eventuale doppia imposizione;

della localizzazione dei redditi d'impresa diversi dovuti alla mancanza dell'elaborazione di principi comuni¹⁰.

La necessità di superare gli ostacoli allo sviluppo delle transazioni commerciali derivanti dal rischio di doppie imposizioni ha dato l'avvio alle sempre più incisive attività intraprese dalle organizzazioni internazionali interessate, che nel tempo realizzarono una funzione pre-legislativa sugli sviluppi normativi interni.

In questo contesto storico, le Società delle Nazioni ed in particolare il suo Comitato Fiscale¹¹, procedette con i primi Modelli di Convenzioni contro la doppia imposizione sul reddito, orientati prevalentemente ad individuare criteri oggettivi di determinazione del luogo di produzione del reddito e di allocazione di costi e ricavi tra le varie sezioni dell'impresa a vocazione transnazionale¹².

Dette Convenzioni assimilavano le società sussidiarie alle stabili organizzazioni ed assoggettavano alla disciplina di queste ultime i rapporti tra imprese legate da vincoli di dipendenza. Le operazioni tra imprese collegate venivano, quindi, considerate

-
- in Austria l'imposta sulle società (Körperschaftsteuer) del 1924 era applicata sui redditi esteri a condizione che fosse dimostrabile la loro tassazione nello Stato estero.

¹⁰ Sul punto G. Maisto, *"Il transfer pricing" nel diritto tributario italiano e comparato*, 1985, CEDAM, pp. 15 ss.

¹¹ Il Comitato fiscale era composto inizialmente da esperti costituiti da funzionari delle amministrazioni finanziarie di sette Paesi Europei per poi allargarsi ad altre nazioni.

¹² Il primo modello di Convenzione sulla doppia imposizione sul reddito fu adottato il 26 giugno 1927 e contenuto nel doc. C. 216 M. 85.1927. II, titolato *Duble Taxation and Tax Evasion. Report presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion, Società delle Nazioni*, Ginevra, aprile 1927. Successivamente, nel 31 ottobre 1928 venivano adottate altri tre modelli di Convenzioni – tipo, Società delle Nazioni, Doc. C 562, n. 178.1928, II, Ginevra, 1928, 192.

globalmente nel quadro della ripartizione del reddito secondo accordi specifici tra contraenti¹³.

Si evidenzia, quindi, come nei primi lavori delle Società delle Nazioni l'orientamento prevalente fosse nei confronti della “*unitary entity theory*”: più imprese legate da vincoli di carattere finanziario o di capitale venivano considerate come un unico soggetto e il reddito globale veniva ripartito tra le varie unità sulla base di parametri forfettari.

Tale prospettiva fu nel tempo abbandonata¹⁴ e, seguendo il così denominato Carrol Report¹⁵, la Convenzione-tipo del 1933 adottò la *separate accounting theory*: ciascuna unità era considerata autonomamente anche ai fini della determinazione del reddito. Le due convenzioni-tipo datate 1928 e 1933 venivano trasfuse in un unico Modello di Convenzione risultante dalle riunioni della Commissione fiscale permanente tenuta a Londra nel 1946¹⁶.

Successivamente, nel tentativo di dare regolamentazione ai rapporti fiscali tra paesi industrializzati ed in via di sviluppo, il

¹³ Sul punto G. Maisto, “*Il transfer pricing nel diritto tributario italiano e comparato*”, 1985, CEDAM, pp. 29 ss.

¹⁴ S.I. Langbein, *The Unitary Method and the Myth of Arm's Length*, 30 Tax Notes (1986), at 629-630; Mirjam Koomen, *Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle – Part I*, *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2015, p. 141 ss.

¹⁵ Cfr. G. Maisto, *ibidem*, p. 31; M.B. Carrol, *Prevention of International Double Taxation and Fiscal Evasion. Two decades of Progress under the League of Nations*, Società delle Nazioni, Ginevra, 1939.

¹⁶ London and Mexico Tax Convention and Texts, documento C. 88.M.88.146IIA del novembre 1946. Valente, *Il transfer Pricing, L'evoluzione della disciplina del transfer pricing*, 2015, p. 19 secondo cui “*Il citato Modello, modificato più volte tra il 1928 ed il 1933 e, tuttavia, mai approvato, segna probabilmente il momento cruciale nell'evoluzione storica del transfer pricing, in quanto determina il passaggio dalla cd. unitary entity theory alla separate accounting theory, in base alla quale ciascuna unità è considerata autonoma anche ai fini della determinazione del reddito nel cui computo hanno rilievo le operazioni poste in essere tra le varie unità del gruppo.*”.

Comitato economico e sociale delle Nazioni Unite nel periodo 1969-1979 pubblicava vari Rapporti, affrontando il tema dei prezzi di trasferimento, e riportava le proprie conclusioni nel Manuale per la negoziazione degli Accordi fiscali bilaterali tra Paesi industrializzati e Paesi in via di sviluppo¹⁷.

Contestualmente a tale attività delle Nazioni Unite anche il Consiglio dell'Ocse procedeva ad elaborare una dichiarazione sugli investimenti internazionali¹⁸. Nel marzo 1979 il Comitato degli affari fiscali dell'Ocse pubblicò un rapporto (*Transfer pricing and Multinational*) nel quale venivano stabiliti criteri direttivi di determinazione del corrispettivo di libera concorrenza nelle operazioni poste in essere tra imprese associate.

Tale rapporto, pur essendo influenzato dall'attività del Gruppo di esperti dell'Onu, superava le prospettive da quest'ultime assunte per sviluppare in modo più approfondito e pluridirezionale le problematiche indicate.

Fu proprio il contenuto onnicomprensivo del Rapporto Ocse 1979¹⁹, che teneva conto delle elaborazioni fino allora svolte dalle principali organizzazioni internazionali, a legittimare nel contesto internazionale il Rapporto stesso quale strumento interpretativo primario ed autorevole.

¹⁷ U.N. Dep't of Economic & Social Affairs, *Manual for Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, U.N. Doc. ST/ESA/194 (1979).

¹⁸ L'OCSE, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, è un organismo internazionale nato, nel secondo dopoguerra, per rispondere all'esigenza di cooperazione e coordinamento tra le nazioni europee e allargatosi, successivamente, al resto del mondo sino a comprendere, ad oggi, 30 Paesi membri e collaborazioni con 70 Paesi tra le "economie in via di sviluppo e in transizione".

¹⁹ Raccomandazione del Consiglio sulla determinazione dei prezzi di trasferimento tra imprese associate adottata a Parigi il 16 maggio 1979, in Ocse, *Transfer pricing and Multinationals, Reports of the OECD Committee on Fiscal Affairs*, OECD, Paris, 1979.

Tale autorevolezza ha permesso che le raccomandazioni Ocse successive al detto rapporto fossero recepite dagli Stati aderenti.

Poco dopo il detto rapporto del 1979, in Italia, il Ministero delle Finanze con la Circolare 22/2267 del 22 settembre 1980 emanò un'esaustiva e completa disciplina delle modalità di determinazione del corrispettivo di libera concorrenza delle transazioni *intercompany*, al tempo disciplinate dagli articoli 53 e 56 del Decreto Presidenziale n. 597 del 29 settembre 1973. Tale circolare aderiva ai criteri di determinazione del prezzo di trasferimento ispirati al principio di libera concorrenza stabilita nel Rapporto Ocse ed ha attualmente validità interpretativa ed applicativa, quale istruzione ministeriale.

Nell'ambito del contesto internazionale e dell'attività delle rispettive organizzazioni internazionali, negli anni hanno assunto sempre più rilevanza le *Guidelines Ocse* grazie alla capacità di influenzare le legislazioni dei singoli Stati aderenti, che ad esse rinviano.

Capitolo 2. Il *Transfer pricing* nei trattati sulla doppia imposizione internazionale: gli artt. 9, 11 e 12 del Modello OCSE: l’*“arm’s length principle”*.

Il principio dell’*arm’s length* trova piena applicazione nell’articolo 9 del Modello Ocse per i trattati contro la doppia imposizione.

I trattati contro la doppia imposizione comportano una limitazione alla potestà statutaria tributaria di ciascun Stato. Obiettivo di questi trattati è, infatti, l’eliminazione dell’onere della doppia imposizione (generalmente quella giuridica), ma anche l’eliminazione della tassazione discriminatoria e la collaborazione tra Amministrazioni finanziarie per contrastare l’evasione internazionale ed interna.

Fin dal 1963 l’OCSE, attraverso il Comitato per gli affari fiscali²⁰, ha elaborato e messo a disposizione un modello di convenzione internazionale contro la doppia imposizione in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio. Ad esso si ispirano gli Stati

²⁰ L’OCSE ha sostituito l’Organizzazione per la Cooperazione Economica Europea, costituita nell’ambito del Piano Marshall per la ricostruzione dell’Europa dopo la seconda guerra mondiale. Gli attuali Stati membri dell’OCSE sono: Australia, Austria, Belgium, Canada, Chile, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Israël, Italy, Japan, Korea, Latvia, Luxembourg, Mexico, Netherlands, New Zealand, Norway, Poland, Portugal, Slovak Republic, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, United Kingdom, United States. La possibilità di diventare membri dell’OCSE è condizionata all’impegno, da parte dello Stato richiedente, ad attuare un’economia di mercato e a garantire una democrazia di tipo pluralistico. In seno all’organizzazione, gli Stati hanno l’opportunità di confrontare le rispettive esperienze, trovare risposte a problemi comuni ed indirizzare le politiche nazionali ed internazionali, con l’obiettivo di sostenere gli Stati nel difficile compito di far fronte ai fenomeni di rilevanza globale. Al di là degli accordi (giuridicamente vincolanti e non) conclusi su specifici temi, le discussioni hanno la funzione di indirizzare le attività dei singoli Stati nell’ambito dell’ampio spettro delle politiche di governo attuabili mediante la valutazione dell’impatto che potrebbero avere sulla comunità internazionale. L’OCSE raggruppa Paesi che si impegnano a garantire il rispetto dei diritti fondamentali, del pluralismo democratico e lo sviluppo di un’economia di mercato. È un forum economicamente ricco, in quanto i suoi membri producono i due terzi della ricchezza mondiale, ma non esclusivo. Negli ultimi anni, infatti, ha accolto anche Paesi in via di sviluppo, oltre ad alcuni Paesi appartenenti all’ex blocco comunista dell’Europa dell’Est.

membri dell'OCSE nella stipula dei trattati aventi un simile oggetto, ma il suo uso è sempre più diffuso anche tra i Paesi terzi. Il modello è stato aggiornato nel 1977 e nel 1992. Il lavoro di integrazione e di miglioramento è tuttavia continuo e costante da parte del Comitato per gli affari fiscali. Il 18 dicembre 2017 è stato emanato il nuovo modello di convenzione che assorbe alcune innovazioni introdotte dal c.d. “*Progetto Beps*”, di cui si dirà *infra*.

L'articolo 9 del Modello di Convenzione Ocse²¹, intitolato “associated enterprises”, così recita:

“a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or

b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, in and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.

2. Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State — and taxes accordingly — profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in

²¹ *Model Tax Convention on Income and on Capital*, condensed version, 18 dicembre 2017.

that other State and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of the first- mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other.”²².

Tale disposizione fa riferimento alle rettifiche di utili effettuate dall’Amministrazione Finanziaria nel caso in cui operazioni tra imprese correlate siano state poste in essere a condizioni diverse da quelle applicabili in situazioni di libera concorrenza, adottando il c.d. “*principle of arm’s lenght*”.

²² Si riporta di seguito il testo in lingua italiana: “1. Allorché a) un’impresa di uno Stato contraente partecipa, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un’impresa dell’altro Stato contraente, o b) le medesime persone partecipano, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un’impresa di uno Stato contraente o dell’impresa di un altro Stato contraente e, nell’uno e nell’altro caso, le due imprese, nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, sono vincolate da condizioni, convenute o imposte, diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni sarebbero stati realizzati da una delle imprese, ma che, a causa di dette condizioni, non sono stati realizzati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati di conseguenza.

2. Allorché, uno Stato contraente include fra gli utili di un’impresa di detto Stato - e di conseguenza assoggetta a tassazione - utili sui quali un’impresa dell’altro Stato contraente è stata sottoposta a tassazione in detto altro Stato, e gli utili, così, inclusi sono utili che sarebbero maturati a favore dell’impresa del primo Stato, se le condizioni fissate fra le due imprese fossero state quelle convenute fra imprese indipendenti, allora detto altro Stato farà un’apposita correzione all’importo dell’imposta ivi applicata su tali utili. Nel determinare tali correzioni, dovrà usarsi il dovuto riguardo alle altre disposizioni della presente Convenzione e le autorità competenti degli Stati contraenti si consulteranno, ove necessario”.

Secondo tale principio, la cui evoluzione storica e natura sarà analizzata nel successivo capitolo, le transazioni tra società consociate debbono realizzarsi alle medesime condizioni mediamente applicate nelle transazioni tra società indipendenti tra loro.

Tale principio viene riconfermato dal Par. 6 dell'art. 11 del Modello Convenzione OCSE in merito alla tassazione degli interessi secondo cui: *“Where, by reason of a special relationship between the payer and the beneficial owner or between both of them and some other person, the amount of the interest, having regard to the debt-claim for which it is paid, exceeds the amount which would have been agreed upon by the payer and the beneficial owner in the absence of such relationship, the provisions of this Article shall apply only to the last-mentioned amount. In such case, the excess part of the payments shall remain taxable according to the laws of each Contracting State, due regard being had to the other provisions of this Convention.”.*

Previsione simile si rinviene in tema di *royalties* al paragrafo 4 dell'art. 12 del Modello Ocse ove si può leggere che: *“Where, by reason of a special relationship between the payer and the beneficial owner or between both of them and some other person, the amount of the royalties, having regard to the use, right or information for which they are paid, exceeds the amount which would have been agreed upon by the payer and the beneficial owner in the absence of such relationship, the provisions of this Article shall apply only to the last-mentioned amount. In such case, the excess part of the payments shall remain taxable according to the laws of each Contracting State, due regard being had to the other provisions of this Convention”.*

In particolare, ai sensi del paragrafo 1 dell'art. 9 del Modello OCSE, l'Amministrazione finanziaria di uno Stato contraente ha la facoltà, ai fini del calcolo delle imposte dovute dalle imprese correlate, di effettuare una rettifica degli utili delle imprese se, in conseguenza delle speciali relazioni intercorrenti tra esse, i libri contabili non riflettano l'effettivo ammontare degli utili imponibili prodotti in tale Stato.

Alcuni Stati prevedono procedure speciali ai fini della verifica della conformità con il principio di libera concorrenza delle c.d. transazioni *intercompany*.

In relazione a tali discipline interviene il Commentario all'Art. 9 del Comitato per gli Affari fiscali²³, nel quale si pone la questione se le speciali norme di procedura che alcuni paesi hanno adottato per affrontare le operazioni tra parti correlate siano in linea e conformi rispetto alla Convenzione.

Per esempio il Commentario si interroga se alcune normative nazionali che impongono l'inversione dell'onere della prova o presunzioni di qualche tipo siano effettivamente coerenti con principio di libera concorrenza. La conclusione cui perviene il Commentario è che tali discipline violino i principi di non discriminazione di cui all'art. 24 del Modello di convenzione e che al fine di prevenire tali violazioni sarebbe opportuno affrontare tali situazioni mediante aggiustamenti corrispondenti e l'utilizzo di procedure amichevoli.

Analizzando la disciplina italiana alla luce di tali assunti, possiamo constatare un progressivo sviluppo della medesima volto ad

²³ Commentaries on the Articles of the Model Convention in <http://www.oecd.org/tax/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2015-full-version-9789264239081-en.htm>.

enfaticamente il principio di non discriminazione ed estendere il più possibile il ricorso a procedure amichevoli.

In via esemplificativa, in tema di onere probatorio relativamente al *transfer pricing* ci si avvede di un progressivo processo di adeguamento della disciplina e degli orientamenti giurisprudenziali ai dettami della Convenzione²⁴ imponendo all'Amministrazione Finanziaria l'onere probatorio dell'incongruità all'*arm's length* dei prezzi di trasferimento. In questa stessa prospettiva, come si potrà analizzare più a fondo successivamente, si è evoluta la disciplina sostanziale a seguito dell'entrata in vigore del c.d. decreto internazionalizzazione (d. lgs. 14 settembre 2015, n. 147), che ha incrementato le possibilità di interpello preventivo anche per la determinazione dei prezzi di trasferimento.

La rettifica di utili relativi ad operazioni tra imprese correlate, effettuata ai sensi del paragrafo 1 dell'art. 9 del Modello OCSE, può dare luogo a una doppia imposizione economica, nella misura in cui l'impresa di uno Stato (Stato A), i cui utili sono rettificati in aumento, è assoggettata a tassazione su di un ammontare che è già stato assoggettato a tassazione in capo all'impresa correlata, avente sede in uno Stato diverso (Stato B).

²⁴ In questa prospettiva si dovrebbe analizzare parte della giurisprudenza nazionale italiana in tema di onere probatorio in caso di rettifiche derivanti da *transfer pricing*, che attribuendo all'istituto una finalità prevalente antielusiva, impone a carico delle imprese la prova della congruità dei prezzi di trasferimento. Aderiscono all'impostazione secondo cui la disciplina avrebbe natura anti elusiva e l'onere probatorio competerebbe al contribuente Cass. 22023 del 13/10/2006 (*Ford C. Agenzia delle Entrate*); Cass. 17953 del 19/10/2012 (*Soc. Black Decker Italia C. Agenzia delle Entrate e altro*). Aderiscono, invece alla tesi secondo cui la disciplina *de quo* avrebbe la funzione di preservare la corretta ripartizione delle basi imponibili e l'onere probatorio competerebbe all'Amministrazione Finanziaria le più recenti pronunce indicate di seguito Cass. 31.03.2011 n. 7343; Cass. 8.05.2013 n. 10742; Cass. 21.07.2015 n. 15298. Corte di Cassazione, sez. V Civile, sentenza 27 gennaio – 6 aprile 2016, n. 6656.

Il Commentario all'art. 9 precisa che, per quanto la doppia imposizione economica sia da evitare ed eventuali correzioni o rettifiche al reddito dichiarato da una consociata operate da uno Stato debbono essere valutate dallo Stato di residenza dell'altra consociata, ciò non necessariamente implica un obbligo di quest'ultimo Stato di operare una rettifica.

Infatti, tale obbligo sussiste allorquando la correzione operata dallo Stato A risulta giustificata sia in relazione alle motivazioni e principi sia in relazione all'ammontare contestato e precisamente: *“State B is therefore committed to make an adjustment of the profits of the affiliated company only if it considers that the adjustment made in State A is justified both in principle and as regards the amount”*.

L'art. 9 del Modello OCSE non specifica i metodi e le modalità con cui debbano essere effettuati le rettifiche del reddito in relazione alla differenza di valore al fine di evitare la doppia imposizione.

I paesi membri dell'OCSE possono utilizzare differenti metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento ed assumere accordi bilaterali con altri paesi membri al fine di meglio regolamentare il caso di doppia imposizione: *“Some States, for example, would prefer the system under which, where the profits of enterprise X in State A are increased to what they would have been on an arm's length basis, the adjustment would be made by re-opening the assessment on the associated enterprise Y in State B containing the doubly taxed profits in order to reduce the taxable profit by an appropriate amount. Some other States, on the other hand, would prefer to provide that, for the purposes of Article 23, the doubly taxed profits should be treated in the hands of enterprise Y of State B as if they may be taxed in State A; accordingly, the enterprise of State B is entitled to relief in State B,*

under Article 23, in respect of tax paid by its associate enterprise in State A.”.

Ne discende che non si rinviene nel Modello di Convenzione sulle doppie imposizioni una regola univoca relativa alle modalità tramite le quali gli Stati Membri debbano risolvere i casi di doppia imposizione. In particolare, nel caso sopraindicato lo Stato B può procedere sia a rettificare gli utili dichiarati dalla consociata ivi residente, come, anche, limitarsi a riconoscere un credito d'imposta per le maggiori imposte pagate all'estero ai sensi dell'art. 23 del Modello Ocse.

Infine, il paragrafo 2 dell'art. 9 non disciplina le c.d. “rettifiche secondarie”, intese quali correzioni richieste per riportare la situazione a quella rinvenibile se le operazioni fossero state effettuate in condizioni di libera concorrenza, dipendono dalle circostanze del singolo caso concreto.

Ne discende che gli Stati Membri potrebbero disciplinare tali correzioni senza limitazioni, neppure in relazione ai termini di accertamento. In merito a tale ultima questione, si ravvedono comportamenti differenti a seconda degli Stati membri.

Tali problematiche vengono in parte affrontate nella nuova versione del Modello di Convenzione per la doppia imposizione, pubblicata il 18 dicembre 2017. Infatti, l'articolo nove non ha subito modificazioni, ma sono stati aggiunti i paragrafi 6.1 e 10 al Commentario dell'Articolo 9²⁵. In particolare, si sottolinea come

²⁵ 6.1 Under the domestic laws of some countries, a taxpayer may be permitted under appropriate circumstances to amend a previously-filed tax return to adjust the price for a transaction between associated enterprises in order to report a price that is, in the taxpayer's opinion, an arm's length price. Where they are made in good faith, such adjustments may facilitate the reporting of taxable income by taxpayers in accordance with the arm's length principle.

sarebbe preferibile dare la possibilità al contribuente di variare le proprie dichiarazioni fiscali in relazione alla necessità di adeguarsi a successivi *adjustments* ai prezzi di trasferimento al fine di rispettare il principio di libera concorrenza. In tal caso, si consiglia di dare sempre la possibilità di procedere tramite una *Mutual Agreement Procedure* (Map)²⁶ per concordare con lo Stato di residenza della società correlata le opportune rettifiche al suo reddito. Altresì, l'introduzione del paragrafo 10 si sofferma sull'eventuale periodo di tempo in cui sia consentita la rettifica da parte dello Stato di residenza della parte correlata che subisce la variazione del prezzo, sollecitando i paesi

However, economic double taxation may occur, for example, if such a taxpayerinitiated adjustment increases the profits of an enterprise of one Contracting State but there is no appropriate corresponding adjustment to the profits of the associated enterprise in the other Contracting State. The elimination of such double taxation is within the scope of paragraph 2. Indeed, to the extent that taxes have been levied on the increased profits in the first-mentioned State, that State may be considered to have included in the profits of an enterprise of that State, and to have taxed, profits on which an enterprise of the other State has been charged to tax. In these circumstances, Article 25 enables the competent authorities of the Contracting States to consult together to eliminate the double taxation; the competent authorities may accordingly, if necessary, use the mutual agreement procedure to determine whether the initial adjustment met the conditions of paragraph 1 and, if that is the case, to determine the amount of the appropriate adjustment to the amount of the tax charged in the other State on those profits so as to relieve the double taxation. 38. Replace paragraph 10 of the Commentary on Article 9 by the following: 10. The paragraph also leaves open the question whether there should be a period of time after the expiration of which State B would not be obliged to make an appropriate adjustment to the profits of enterprise Y following an upward revision of the profits of enterprise X in State A. Some States consider that State B's commitment should be open-ended — in other words, that however many years State A goes back to revise assessments, enterprise Y should in equity be assured of an appropriate adjustment in State B. Other States consider that an open-ended commitment of this sort is unreasonable as a matter of practical administration. In the circumstances, therefore, this problem has not been dealt with in the text of the Article; but Contracting States are left free in bilateral conventions to include, if they wish, provisions dealing with the length of time during which State B is to be under obligation to make an appropriate adjustment (see on this point paragraphs 39, 40 and 41 of the Commentary on Article 25). Contracting States may also wish to address this issue through a provision limiting the length of time during which a primary adjustment may be made pursuant to paragraph 1; such a solution avoids the economic double taxation that may otherwise result where there is no corresponding adjustment following the primary adjustment. Contracting States that wish to achieve that result may agree bilaterally to add the following paragraph after paragraph 2: 3. A Contracting State shall not include in the profits of an enterprise, and tax accordingly, profits that would have accrued to the enterprise but by reason of the conditions referred to in paragraph 1 have not so accrued, after [bilaterally agreed period] from the end of the taxable year in which the profits would have accrued to the enterprise. The provisions of this paragraph shall not apply in the case of fraud, gross negligence or wilful default.

²⁶ Per una più ampia trattazione delle *Mutual Agreement Procedure* si rinvia alla seguente Parte quinta, Capitolo 3.

aderenti alla Convenzione di consentire sempre dette correzioni, se derivanti dall'accertamento posto in essere da un altro Stato.

Capitolo 3. Il principio dell'*arm's length principle* come sviluppato nell'ordinamento statunitense e successivamente nelle *Transfer pricing Guidelines* OCSE e la sua elaborazione attraverso l'analisi delle metodologie di *Transfer pricing*. Lo sviluppo dell'utilizzo dei "*fourth methods*" e dell'"*arm's length range*" quale strumento per superare le problematiche dell'individuazione del corrispettivo di libera concorrenza nelle transazioni aventi ad oggetto *intangibile* ed adattare il principio dell'*arm's length* allo sviluppo dell'economia globale moderna.

Sulla base di quanto sin d'ora indicato il principio dell'*arm's length*²⁷ si fonda sull'adozione della *separate accounting theory*, come già adottata sin dal rapporto Carroll.

Infatti, nel momento in cui si considerano le società appartenenti ad un gruppo societario come autonomi e distinti soggetti giuridici e non come un ente unitario, ne deve necessariamente conseguire che le transazioni intervenute tra essi non possano avere condizioni difformi rispetto a transazioni intervenute tra parti non correlate.

Il principio dell'*arm's length* venne originariamente utilizzato negli Stati Uniti, che per primi lo introdussero nel 1934²⁸, disciplinandolo nell'ambito dell'art. 45 delle allora *Regulation*, ad integrazione della disciplina preesistente, sin dal *War Revenue Act* del 1917, relativa al *transfer pricing*.

²⁷ Per una ricostruzione storica dell'evoluzione del principio dell'*arm's length* vedasi M. Koomen, *Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle – Part I*, *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2015, p. 141 ss.

²⁸ R.S. Avi-Yonah, *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation*, published by University of Michigan Law School Scholarship Repository, 2007 in http://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art73; S.I. Langbein, *The Unitary Method and the Myth of Arm's Length*, 30 *Tax Notes* (1986), at 629-630.

Al fine di una migliore comprensione di questo principio è necessaria una digressione sull'evoluzione della disciplina nel tempo.

I) L'EVOLUZIONE STORICA DEL PRINCIPIO DELL'ARM'S LENGTH NEL DIRITTO STATUNITENSE.

Alle origini dell'introduzione del detto principio, i casi in cui venivano applicati erano particolarmente semplici e le pronunce si fondavano su principi di ragionevolezza e correttezza²⁹.

Successivamente alla Seconda Guerra Mondiale, gli Stati Uniti divennero uno dei maggiori esportatori e divenne più sentita da parte del Ministero del Tesoro Americano la necessità di rafforzare strumenti idonei ad evitare la dispersione di redditi nei confronti di altre nazioni con una bassa fiscalità, in particolare mediante la concessione in licenza di IP.

In particolare, si sentì l'esigenza di introdurre linee guida più precise al fine di dare maggior contenuto alla nozione di "*fair and reasonable under the arm's length principle*".

Ne conseguì che gli Stati Uniti d'America introdussero delle regolamentazioni fondate sul principio di comparabilità con transazioni tra parti non correlate. La disciplina trova la sua regolamentazione nella *Section 482 dell'Internal Revenue Code* (26

²⁹ Cfr, *Flavor vs Commissioner* [T.C. 1215 (1945)], in cui la Corte si trovò a valutare se dare prevalenza a criteri di ragionevolezza ovvero valutare se una società indipendente avrebbe sottoscritto un tale accordo; in termini simili si veda *Palm Beach Aero Corp. v. Commissioner*, 17 T.C. 1169, 1176 (1952) ("*fair consideration which reflects arm's length dealing*"). L'elemento di cambiamento si è verificato con *Frank v. International Canadian Corporation* [308 F.2d 520 (9th Cir. 1962)], il quale sentenziò che l'*arm's length principle* può essere un criterio per determinare il prezzo di trasferimento, ma non può essere l'unico.

U.S.C. § 482) e nelle “*U.S. Treasury Regulations*” (26 C.F.R. §§ 1.482-1 through 1.482-9).

Nella legislazione statunitense alla “*Treasury Regulations*” viene attribuito valore giuridico rilevante e considerate quale interpretazione autentica della stessa legge³⁰. Nel solo caso in cui si reputi che le *Regulations* introducano una regola contraria all’intento del Congresso al tempo dell’emanazione del testo normativo, l’autorità giudiziaria può disapplicarle³¹.

Le *Regulations* sviluppate dall’IRS (Treas. §§ 1.482-0 through 1.482-9) forniscono una disciplina onnicomprensiva in merito al *transfer pricing*, stabilendo principi generali applicabili alla maggior parte delle transazioni *inter-company*: provvedono specifiche metodologie da applicarsi in relazione alle differenti transazioni. Fin dalla loro prima pubblicazione, ulteriori precisazioni sono state pubblicate al fine di regolamentare con maggiore adeguatezza specifici tipi di transazioni, inclusive di servizi intra - company, transazioni internazionali di strumenti finanziari, ricerca e sviluppo (R&D) e la titolarità di proprietà di beni immateriali.

I principi contenuti in dette *Regulations*, salvo le eccezioni di cui sopra, sono stati costantemente seguiti dalla giurisprudenza, ma quest’ultima ha anche influenzato le innovazioni nel tempo delle prime. Si deve ulteriormente specificare che sebbene la disciplina

³⁰ In merito alla valenza giuridica delle *Regulations* confronta *Mayo Foundation v. United States*, No. 09–837 (2011); recentemente in *Altera v. Commissioner*, 145 T.C. No. 3 (27 July 2015), la Corte tributaria degli Stati Uniti d’America ha statuito che le *Regulations* richiedenti il rimborso di “*stock-based compensation*” violerebbero il principio dell’*arm’s length*. In conseguenza di tale pronuncia, potrebbe essere che vi siano ulteriori casi in cui si contesti l’applicazione delle *US transfer pricing regulations*.

³¹ Sul punto si confronti *Rite Aide Corp. v. United States* (255 F.3d 1357 (Fed. Cir. 2001)).

americana del *transfer pricing* si basi sulle *Regulations* sopradette e sui casi giurisprudenziali, l'IRS generalmente ha espresso la sua determinazione che la disciplina del *transfer pricing* statunitense debba conformarsi con l'*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (di seguito anche brevemente "*OECD Guidelines*"). Infatti, in diverse occasioni, la rispettiva autorità competente dell'Irs ha accettato di utilizzare l'*OECD Guidelines*, quale base per la risoluzione delle dispute tramite *mutual agreement provisions* ³².

In merito a tale rapporto, diverse IRS *regulations*, tra cui quelle regolamentanti le prestazioni di servizi *intercompany*, verosimilmente tendono a differenziarsi dalla corrispettiva regolamentazione dell'OECD. Altre semplicemente non sono presenti nell'ambito *OECD Guidelines*. Infine, la complessiva disciplina statunitense non ha una regolamentazione corrispondente al Capitolo IX delle *OECD Guidelines (Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings)* ³³.

In particolare, l'IRS pubblicava le *Regulations* già a partire dal 1968, precisando che i criteri per la determinazione del prezzo di trasferimento si sarebbero dovuti fondare su criteri di comparazione con le altre imprese. Nei casi in cui non era possibile ravvisare dei comparabili, le *Regulations* prevedevano l'utilizzo di quelli che venivano definiti "*fourth methods*" ³⁴.

³² Rev. Proc. 2006-54, 2006-49 I.R.B. 1035.

³³ In merito al rapporto tra *Regulations* e *Guidelines* Ocse, si veda più approfonditamente la Parte III del presente capitolo.

³⁴ IBFD, *International Tax Glossary*, p. 194.

Originariamente con questo termine ci si riferiva a quei metodi di determinazione del prezzo non fondati su valutazioni comparative, bensì reddituali. Tale termine poi venne in parte sostituito con il termine “*unspecified method*”.

La giurisprudenza apportò ulteriori modificazioni. Rileva prima fra tutte la sentenza *United States Gypsum Co. v. United States*, che introdusse il principio dell’“*arm’s lenght range*”³⁵.

Nel periodo successivo, che va dagli anni settanta fino ai primi anni novanta del secolo scorso, si è assistito ad una sostanziale riconoscimento da parte sia del Congresso che dell’IRS dell’inefficacia dell’*arm’s lenght method* nella determinazione del prezzo di trasferimento in una pluralità di casi.

Ciò a comportato la deliberata determinazione di allontanarsi dall’*arm’s lenght principle* senza però formalmente abbandonarlo.

Tale processo prese avvio nell’anno 1986 con la modifica della sezione 482 dell’ “*Internal Revenue Code*” secondo cui: “*In any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such*

³⁵ *United States v. United States Gypsum Co.* 438 U.S. 422 (1978) in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/422/>.

organizations, trades, or businesses. In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936(h)(3)(B)), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible”.

Le “*Regulations*” sulla base di tale testo normativo sono impostate come segue:

“Treas. Reg. § 1.482-1: general principles, definitions, and guidelines;

Treas. Reg. § 1.482-2: rules governing loans, rents, and, formerly, services
Treas. Reg. § 1.482-3: transfers of tangible property;

Treas. Reg. § 1.482-4: transfer of intangible property;

Treas. Reg. § 1.482-5: comparable profits method;

Treas. Reg. § 1.482-6: profit split methods;

Treas. Reg. § 1.482-7: cost-sharing provisions;

Treas. Reg. § 1.482-8: examples;

Treas. Reg. § 1.482-9: intercompany services;

Relativamente al trasferimento di intangibles, le regulations per la prima volta ipotizzano il caso in cui non sussistano comparabili, lasciando autonomia di determinazione all’autorità giudiziaria in relazione ai criteri utilizzabili. Nel 1988 il Dipartimento del Tesoro Americano pubblicava il “*White Paper*”, in risposta alle pressioni volte all’abbandono *dell’arm’s lenght principle* ed ad una sua

sostituzione. Il Dipartimento del tesoro difendeva la permanenza di tale principio volgendo l'attenzione ai criteri alternativi a quelli tradizionali ed incrementando la possibilità di ulteriori correzioni o “*adjustment*”. È già con il *White paper* del 1988 che si sviluppa il “*profit split method*”³⁶.

Tale metodologia si avvicina alla “*formulary apportionment*”, in quanto l'analisi presuppone una valutazione complessiva del gruppo societario ed una redistribuzione dei profitti tra le diverse società in base alle funzioni rispettivamente esercitate. L'elemento differenziale inerisce al fatto che la ripartizione dei profitti si esegue comparando società indipendenti esercenti funzioni similari con l'utilizzo di metodologie più flessibili per ripartire i c.d. “resti”.

Alcuni dei principi inclusi nel *White Paper* furono poi inclusi nelle *Regulations* del 1994.

Fu introdotto il “*comparable profits method*”. Inoltre, le *Regulations* modificarono le premesse della titolarità degli *intangibles* ai fini del *transfer pricing*, pur mantenendo la titolarità in capo al titolare legale della proprietà *intangibles*, e si diede maggior rilievo all'aspetto sostanziale, valorizzando il soggetto che sostiene i costi di sviluppo³⁷.

³⁶ In *Baush & Lomb* la corte tributaria utilizzava il metodo *profit shift* per riallocare gli utili in autonomia avendo rigettato le tesi dell'Irs. L'utilizzo di tale metodologia implica il procedersi tramite due fasi: in primo luogo, si devono analizzare le funzioni svolte rispettivamente dalle società del gruppo e determinare il margine di profitto associabile alle funzioni svolte sulla base dell'utilizzo di comparabili. Successivamente, quella parte di profitto, che non si è stati in grado di ripartire con il procedimento predetto, si redistribuisce sulla base di una formula senza l'utilizzo di comparabili.

³⁷ Al tempo della legislazione che rivede gli *intangibles*, il caso di “*DHL case*” era oggetto di contestazione. Questo caso era stato deciso nel 1998, gli anni in contestazione erano antecedenti alla promulgazione delle *Regulations* del 1994, quando il peso del sostenimento dei costi di sviluppo di un *intangibles* determinava la titolarità. Il caso riguardava la valutazione di un marchio trasferito in territorio esterno agli Stati Uniti d'America. La Corte ha utilizzato il “*Fourth*”

Tali aspetti sono ripresi dalle “2009 *Regulations Final Service*”, che ridefiniscono il concetto di titolarità degli *intangibles* legalmente protetti.

Le *Regulations* definiscono il proprietario dell’*intangibles* quale colui che ha il controllo di fatto sugli *intangibles*. Viene eliminata la possibilità di una contitolarità multipla, come, invece, era possibile nelle precedenti *Regulations*. Inoltre, le nuove *Regulations* enfatizzano l’interazione tra i servizi intra – gruppo ed i beni intangibili. Venendo a tale disciplina in particolare, la sezione 1.482 – 4 delle *Regulations* identificano quattro metodi che potrebbero essere usati al fine di determinare allorquando il corrispettivo di un trasferimento di intangibile sia da reputarsi rispettoso dell’ *arm’s length*: il metodo CUT, CPM, *profit split method* e gli altri metodi non specificati.

Come già anticipato, gli *intangibles* non devono essere tutelati giuridicamente, affinché il trasferimento venga remunerato.

Con le *Regulations* del 2009, per esempio, l’IRS ha chiarito che anche i diritti di utilizzo degli *intangibles* sono essi stessi essere considerati *intangibles*.

In termini esemplificativi, la licenza d’uso di un marchio o di un modello è essa stessa un *intangible*, anche se trasferito od assegnato ad altra società deve essere compensato secondo il

method”, come d’altra parte aveva deciso anche in altre occasioni. Si pronunciò per un ammontare di 100 milioni di euro, a metà tra quando dichiarato dal contribuente e quello richiesto dall’Amministrazione Finanziaria stabilendo una nuova regola per l’individuazione della titolarità e l’allocazione degli *intangibles*. La principale titolarità economica dell’*intangibles* era stata attribuita allo sviluppatore ed anche l’assistente US: TC, 30 Dec. 1998, *DHL Corporation and Subsidiaries v. Commissioner*, 76 TCM (CCH) 1122 (1998), US, CA, 11 Apr. 2002, *DHL Corporation and Subsidiaries v. Commissioner*, 285 F3d 1210 (2002), *Tax Treaty Case Law IBFD*.

principio dell'*arm's length compensation* (Treas. Reg. § 1.482-4(f)(3)).

II) DEFINIZIONE DEGLI INTANGIBLES SECONDO LE REGULATIONS

La definizione di intangibles secondo la *section 482*³⁸ è conforme alla definizione di intangibles espressa dalla *Section 936(h)(3)(B)*, a cui rinvia la disciplina alle *sections 936* e *367(d)*. Originariamente tale definizione non ricomprendeva in sé il “*goodwill, going concern value e workforce in place*”, seppur l'IRS interpretava il disposto normativo in senso esteso e ricomprensivo di tali ultimi intangibles³⁹.

A seguito di forti contrasti giurisprudenziali e dottrinali, la “*Tax Cuts and Jobs Act (TCJA)*” il 22 dicembre 2017 ha modificato

³⁸ Cfr U.S. Code, Title 26 › Subtitle A › Chapter 1 › Subchapter E › Part III › § 482, come modificato dal Tax Cuts and Jobs Act (TCJA), - Allocation of income and deductions among taxpayers: “*In any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses. In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936(h)(3)(B)), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible. For purposes of this section, the Secretary shall require the valuation of transfers of intangible property (including intangible property transferred with other property or services) on an aggregate basis or the valuation of such a transfer on the basis of the realistic alternatives to such a transfer, if the Secretary determines that such basis is the most reliable means of valuation of such transfers.* (Aug. 16, 1954, ch. 736, 68A Stat. 162; Pub. L. 94-455, title XIX, § 1906(b)(13)(A), Oct. 4, 1976, 90 Stat. 1834; Pub. L. 99-514, title XII, § 1231(e)(1), Oct. 22, 1986, 100 Stat. 2562; Pub. L. 115-97, title I, § 14221(b)(2), Dec. 22, 2017, 131 Stat. 2219.)

³⁹ Per un'analisi della disciplina statunitense del Transfer pricing, si veda J. C. Armitage, V. A. Jaramillo, N. M. Kochman, H. D. Rosenbloom, *United States - Transfer Pricing*, IBFD.

Section 936(h)(3)(B), estendendo la definizione di intangibile includendo espressamente il “*goodwill, going concern, workforce in place, and any other item the value or potential value of which is not attributable to tangible property of the services of any individual.*”.

In tal guisa, si chiarisce finalmente il concetto di intangibile, seguendo i più recenti orientamenti della giurisprudenza attuale americana e dando conferma all’orientamento assunto fortemente in tal senso dall’Irs.

In merito al “*workforce in place*”, infatti, in recenti pronunciamenti, l’IRS aveva suggerito che un gruppo di lavoro organizzato, con le specifiche competenze ed abilità del gruppo di lavoratori del gruppo, avrebbe dovuto essere trattato quale *intangibles*. Tale posizione si discostava da quella assunta in passato, secondo cui la “*skilled workforce*” non avrebbe potuto essere un *intangibles* separato dall’avviamento o dal *going-concern value* del *business*⁴⁰. Comunque, nella modificazione della sezione 482 relativamente al *costs sharing*, l’IRS si era più volte pronunciata nel senso che l’“*assembled workforce*” fosse un *intangible*.

Questi pronunciamenti ed oramai il nuovo disposto normativo suggeriscono che le “*business synergies*” e comunque altri “*ethereal business assets*” dovrebbero essere compensati allorquando messi a disposizione di parti correlate. E’ legittimato l’operato dell’IRS allorquando considera, nell’ambito di un contesto di *cost sharing*, le opportunità di business quali

⁴⁰ Si confronti, e.g., *Ithaca Industries, Inc. v. Commissioner*. (97 T.C. 253; aff’d 17 F.3d 684 (1994)).

intangibles da compensare nell'ambito di una transazione secondo la disciplina della *section 482*.

Le *Regulations* americane si devono altresì confrontare con i precetti utilizzati dall'Ocse, che tende a distinguere ai fini di studio analitico, da un lato i “*manufacturing intangibles*” e, dall'altro lato, i “*marketing intangibles*”.

I “*manufacturing intangibles*” sono generalmente creati sia dal settore manifatturiero che dal settore ricerca e sviluppo (R&D) e includono “*product and process patents and trade secret information*”. I “*Marketing intangibles*” includono sia le proprietà tutelate legalmente quali “*trademarks, trade names and copyrights*” sia gli *assets* che non sono legalmente protetti quali “*customer relationships and customer lists*”. Sulla base dell'attuale disciplina statunitense, la distinzione tra “*manufacturing intangibles*” e “*marketing intangibles*” è limitata ed ha minime conseguenze sul piano giuridico-tributario. Infatti, trovano applicazione per entrambi la stessa disciplina in tema di determinazione della titolarità dell'*intangible* e della determinazione dei metodi applicabili.

In ogni caso, le nuove guide linea “*on special considerations for intangible property*” dell'Ocse tendono a conformarsi con le conclusioni a cui è giunta l'IRS. D'altra parte, la determinazione del corrispettivo appropriato per il trasferimento di *intangibles* tra parti correlate è indubbiamente la più importante questione in riferimento *al transfer pricing* negli Stati Uniti. Al fine di determinare il corretto valore normale, i contribuenti dovrebbero esaminare se esiste l'*intangible*, soprattutto in quei casi in cui viene trasferito congiuntamente ad un bene tangibile od

alla prestazione di servizi, e quanto valore dal medesimo potrebbe essere creato. Fin dagli anni sessanta, l'IRS focalizzò la propria attenzione sui trasferimenti di brevetti farmaceutici di rilevante valore a favore di controllate in Puerto Rico. L'IRS contestò e portò in giudizio diversi casi, sostenendo che per i trasferimenti non fosse stato pagato un corrispettivo adeguato. Per la maggior parte, l'IRS perse o vinse solo parzialmente tali controversie. Infine, per supportare la posizione assunta dall'IRS, vennero attuati diversi cambiamenti alla legislazione statunitense.

Nel 1984, l'adozione della sezione 367 (lett. d) effettivamente determinò la fine della capacità dei contribuenti di trasferire beni intangibili (come definiti nella sezione 936 (h)) a controllate straniere nell'ambito di operazioni di ristrutturazione del gruppo non tassate. In relazione a tali operazioni, allo scopo di escludere tali forme di trasferimento esenti da imposte, il Congresso introdusse con la Riforma Tributaria del 1986 il principio del "*commensurate with income*" nella sezione 482, di cui si parlerà meglio in prosieguo.

III) LA TITOLARITA' DEGLI INTANGIBLES.

Nell'ambito della disciplina statunitense, si è posta sin da subito la problematica dell'individuazione del titolare dell'*intangible* o comunque dell'entità a cui imputare il valore ad esso connesso.

D'altra parte, la determinazione di quale tra due entità o più entità coinvolte in una transazione è la titolare di un determinato *intangible* può influenzare l'analisi del *transfer pricing*. Si può reputare che:

- il titolare del bene *intangible* è l'ente a cui imputare i profitti derivanti dall'utilizzo del bene *intangible* nell'ambito di transazioni con parti correlate;

- allorquando il titolare del bene *intangible* concede il diritto ad una parte correlata di usare il bene *intangible*, quest'ultima deve compensare il titolare per il diritto concessogli sulla base *dell'arm's lenght principle*:

- allorquando un'entità svolge attività e servizi che innalzano il valore del bene intangibile intestato ad un'altra entità, che rimane obbligata ad effettuare un pagamento sulla base del principio dell'*arm's lenght principle* per l'attività ed i servizi svolti.

Sulla base delle più recenti e riviste *regulations*, al fine di individuare il titolare dell'*intangible* si dovrà far riferimento a quattro principali criteri (*Treas. Reg. § 1.482-4(f)(3)*):

- in primo luogo, in riferimento ai beni intangibili suscettibili di tutela giuridica, il titolare di un *intangible* ai fini dell'applicazione della disciplina del *transfer pricing* è il titolare legale dell'*intangible*;

- in secondo luogo, se un'entità ha un interesse contrattuale in un bene *intangible*, è necessario che sia considerato come titolare di quest'interesse contrattuale;

- infine, in terzo luogo, in quelle situazioni in cui non sia individuabile un titolare formale né contrattuale dell'*intangible*, sarà l'entità che ha l'effettivo controllo del medesimo sulla base della situazione di fatto e delle circostanze da considerarsi quel titolare dell'*intangible*;

- infine, le regole ed i criteri sopradetti dovranno essere superati allorquando portino ad un risultato non conforme con l’*“economic substance of the underlying transactions”*.

In ogni caso, nel porre tali principi l’IRS espresse la perplessità che potessero essere non correttamente interpretati, nel senso di dare un risultato *“all or nothing”* inappropriato in alcune situazioni. Le perplessità si rilevano nel caso in cui alcune entità possano contribuire con la propria attività ad incrementare il valore o comunque la redditività dell’*intangible* senza peraltro riceverne un adeguato compenso a prescindere dalla titolarità del medesimo.

In tali casi l’IRS ha sostenuto chiaramente che l’entità di diritto statunitense dovrebbe essere ritenuta quale titolare di una licenza di utilizzo dell’*intangible*, conseguendone una remunerazione per la sua attività diretta ad incrementare il valore dell’*intangible*. Questa fu precisamente la controversia nel caso relativo alla società farmaceutica *GlaxoSmithKline*. Si trattava di una pluralità di controversie, in cui l’IRS contestò che una sussidiaria statunitense di una multinazionale farmaceutica del Regno Unito avrebbe dovuto essere remunerata in ragione del contributo unico alla valorizzazione dei beni immateriali della compagnia prodotti nell’ambito del mercato statunitense⁴¹, sostenendo che la parte appunto dei beni intangibili era stata creata nel mercato statunitense.

⁴¹ Le plurime controversie furono risolte con un unico accordo tra la società *GlaxoSmithKline* e l’Irs, che pur riconoscendo il riapporto di funzioni prospettato dall’Amministrazione Fiscale Statunitense, prevedeva degli aggiustamenti sulla redditività. Il raggiunto accordo fu comunicato dall’Irs nel suo notiziario IRS Accepts Settlement Offer in Largest Transfer Pricing Dispute

IR-2006-142, Sept. 11, 2006, in <https://www.irs.gov/pub/irs-news/ir-06-142.pdf>. Per una prospettiva degli effetti di tale accordo in ambito europeo cf. S. Gonnet e P. Frim, *An European view on Transfer pricing after Glaxo*, in *BNA international*, 11/06, p. 2 e ss.

IV) IL METODO DI DETERMINAZIONE DEL PREZZO DI LIBERA CONCORRENZA.

In base alle Treas. Reg. section 1.482-4(a) i metodi di determinazione del corrispettivo di libera concorrenza di beni immateriali trasferiti sono ripartiti in quattro categorie: 1) *Comparable uncontrolled transaction method*; 2) *Residual profit split methods*; 3) *Comparable profit method* 4) *Unspecified methods*⁴².

- 1) **Il metodo *Comparable uncontrolled transaction method*** (di seguito brevemente anche CUT) è simile al metodo del (*Comparable uncontrolled price method* (di seguito anche brevemente CUP o CPM). Tale metodologia richiede che i beni immateriali trasferiti da un lato nella transazione controllata e dall'altra in quella non controllata siano tra loro comparabili (Treas. Reg. § 1.482-4(c)(1)). I beni immateriali si reputano comparabili se sono utilizzati in connessione con prodotti simili e nell'ambito di processi produttivi simili per tipologia di produzione e mercato di riferimento e, comunque, abbiano il medesimo potenziale di profitto (Treas. Reg. § 1.482-4(c)(2)(iii)(B)(1)). Inoltre, il metodo CUT richiede che il trasferimento comparabile avvenga nell'ambito delle medesime circostanze (Treas. Reg. § 1.482-4(c)(2)(iii)(B)(2)). La necessità che ricorra un'alta comparabilità tra le transazioni richiede che i beni immateriali presi a confronto siano notevolmente simili tra loro: transazioni comparabili con oggetto il medesimo bene *intangible*, in realtà, sono da reputarsi rari. Ne discende che

⁴² In merito alla disciplina statunitense relativa al *transfer pricing* di *intangibles* ed alle diverse metodologie utilizzate, si confronti J. C. Armitage, V. A. Jaramillo, N. M. Kochman, H. D. Rosenbloom, *United States - Transfer Pricing*, IBFD

nella maggior parte dei casi si prenderanno in esame transazioni aventi ad oggetto beni *intangible* differenti, ma con elementi simili: si parla in tal caso di “*inexact*” CUTs. In questi casi, l’Amministrazione Finanziaria dovrebbe non tenere in considerazione transazioni non sufficientemente comparabili, per le quali non sussistono adeguate informazioni anche in riguardo alla profittabilità dell’*intangible*. In tali casi, è possibile ricercare elementi fondanti l’utilizzo di altri metodi di determinazione del valore normale.

2) Tra questi, indubbiamente relativamente al *transfer pricing of intangible* trova maggior successo il “*Profit split method*”. D’altra parte, allorquando, non sono disponibili dati sufficienti relativamente a transazioni controllate non potrà più essere utilizzato il metodo CUT ed è necessario utilizzare ulteriori approcci. Le “*regulations*” approvano il “*profit split methods*” come metodo specifico per determinare il prezzo di trasferimento che dovrebbe essere applicato in questi casi ⁴³. Nella realtà dei fatti, il *profit split method* viene difficilmente utilizzato in casi di *transfer pricing of intangible* in ragione della difficoltà non solo di raccogliere informazioni relative a transazioni di comparabili ed alla redditività di ciascuna entità del gruppo societario.

Il *Residual profit split method* (in seguito brevemente RPSM), comunque, è stato utilizzato dai contribuenti al fine di giustificare il pagamento di royalties e corrispettivi di acquisto nell’ambito dei *Cost Sharing Arrangements*. Due situazioni particolari necessitano di essere distinte nella valutazione dell’applicazione e dell’efficacia del *Residual profit split method*.

⁴³ Cfr. *Eli Lilly and Co. v. Commissioner*, 84 T.C. 996 (1985).

La prima è quella in cui due entità entrambe siano titolari di *intangible* che congiuntamente contribuiscono alla profittabilità del business. In via esemplificativa, una entità potrebbe essere titolare di brevetti od altre tipologie di *intangible* correlate ai prodotti realizzati, mentre l'altra entità potrebbe essere titolare di *marketing intangible*, comprensivo delle relazioni con i clienti. In via alternativa, ciascuna parte potrebbe essere titolare di *intangibles* correlati ai prodotti. È controverso se in tali situazioni possa essere utilizzato e sia appropriato il *profit split method* poiché si necessiterebbe di chiave di allocazione per ripartire il valore aggiunto creato dai diversi intangibles. Ad ogni modo, in assenza di transazioni indipendenti che possano consentire l'applicazione del metodo del *Comparable Uncontrolled Transaction Method*, il metodo *Residual Profit Shifting Method* permane il preferibile.

Ancor più controversa è la situazione in cui un'entità è titolare d'*intangible* solo in parte sviluppato ed intende trasferirlo ad un'altra entità che dovrebbe proseguire l'attività di sviluppo del prodotto per poi procedere alla sua commercializzazione. Questo modello di operazione è stato utilizzato in diversi *cost-sharing buy-in calculations*, ma potrebbe essere ben utilizzato in contratti di licenza d'uso in cui il licenziatario si impegni a sviluppare il bene *intangible* oggetto di trasferimento.

Tale modello trova applicazione particolarmente in casi in cui si ipotizza che il bene *intangible* abbia un limitato periodo di utilizzabilità e redditività e sia destinato ad essere in breve tempo sostituito. In tale ottica si tende a decrementare il valore dell'*intangible*, in contrasto però con gli orientamenti assunti in diversi casi dall'IRS.

In particolare, l'Amministrazione Fiscale Statunitense, ha contestato tale applicazione del RPSM, ritenendo che il suo utilizzo dovesse essere limitato ai casi in cui ciascuna parte/entità fornisse un apporto di carattere non routinario alla valorizzazione dell'*intangible*.

3) Il terzo metodo di determinazione del corrispettivo di libera concorrenza indicato dalle *Regulation* è il *Comparable profit method* (in seguito anche brevemente CPM).

Nel caso sia applicabile il metodo CPM nel contesto della valorizzazione della proprietà intellettuale, è essenziale che la parte analizzata nella comparazione non sia titolare di *intangible* peculiare e non routinario. Tale entità avrà un mercato di ritorno relativo alle sue funzioni, determinato in riferimento alle altre entità che espletano le medesime funzioni, e il profitto residuo dovrebbe essere attribuito al titolare dell'*intangible*.

In verità, il metodo CPM si fonda sulla presupposizione che il titolare dell'*intangible* dovrebbe ricevere l'intero ritorno economico derivante dal business, oltre ed al di là del ritorno imputabile alle funzioni svolte. Tale impostazione, però, è contraddetta dalla prassi economica in cui licenziante e licenziatario il più delle volte tendono a ripartirsi i profitti in relazione alle funzioni svolte.

4) Infine, le *Regulations* introducono i c.d. “*Unspecified methods*”. Usualmente sono i metodi di determinazione del corrispettivo di libera concorrenza utilizzati nell'analisi di *transfer pricing* di *intangible*.

Il primo coinvolge il c.d. “*rule of thumb*”.

La dottrina accademica⁴⁴ ha osservato che, nelle negoziazioni tra il licenziante e licenziatario non correlati tra loro, il licenziante tende ad errare nell'individuazione del residuale o, comunque, del ritorno di profitto derivante dalla propria invenzione. Invece, negli accordi di licenza diretti alla commercializzazione dei prodotti fondati su invenzioni si tende a dividere il profitto derivante dall'*intangibile*. Sul punto parte di dottrina suggerisce – ma la soluzione è opinabile – che, in transazioni tra parti non correlate, il licenziante dovrebbe trattenere tra il 25% ed il 50% del risultato economico derivate dallo sfruttamento dell'*intangibile*⁴⁵. Questa regola definita “*rule of thumb*” è stata usata nella determinazione dei danni derivanti dalla violazione di clausole contrattuali in contratti di licenza e, successivamente, è stata utilizzata in decisioni giudiziarie in casi riguardanti il “*transfer pricing*”⁴⁶. Inevitabilmente, in ragione dell'indeterminatezza di tale regola, è difficile che qualsivoglia parte fondi la determinazione del corrispettivo di libera concorrenza solo sulla base di essa senza il supporto di un altro metodo di determinazione maggiormente rigoroso.

Un secondo approccio spesso utilizzato nella valutazione del trasferimento dell'*intangibile* è l'analisi DCF (*Discounted Cash Flow*): con tale metodo si devono identificare i flussi di cassa che ci si aspettano dallo sfruttamento di un *intangibile*. A tali flussi di cassa devono essere dedotti i risultati che si attendono dallo svolgimento

⁴⁴ R.S. Avi-Yonah, *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation*, published by University of Michigan Law School Scholarship Repository, 2007, in http://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art73

⁴⁵ Si veda R. Goldscheiber, *The Classic 25% Rule and the Art of Intellectual Property Licensing*, 2011 Duke L. & Tech. Rev. 006 (2011).

⁴⁶ Si confronti *Ciba-Geigy Corporation v. Commissioner* (85 T.C. 172 (1985)).

delle funzioni di carattere routinario ed il residuo si ritiene che debba essere imputato alla proprietà dell'*intangible*.

L'*arm's length price* della transazione che ha ad oggetto l'*intangible* è il residuo valore netto del flusso di cassa imputabile allo sfruttamento dell'*intangible* stesso.

Inevitabilmente si sono manifestate differenti interpretazioni, spesso in disaccordo tra loro, in merito all'applicazione di tale metodo. La selezione dell'appropriata quantificazione della deduzione da operarsi può essere difficoltosa e dovrà tenere conto anche dell'imposizione fiscale futura. In ogni caso, in assenza di un altro appropriato metodo, l'analisi di DCF dovrebbe essere tenuta in considerazione ed è effettivamente spesso usata. D'altra parte, la stessa IRS ha incoraggiato l'uso di questo tipo di analisi in recenti pronunciamenti: non ultimo nelle nuove *Regulations*⁴⁷ relative al *Cost – sharing Agreement*, l'IRS ha posto, in primo piano, l'utilizzo del così definito "*income method*", che allo stato dei fatti sono una forma di analisi di DCF. Seppur l'IRS non abbia suggerito che tale metodo possa essere applicato al di fuori del contesto dei *cost-sharing buy-in agreements*, vi è da dire che non ci sono ragioni per distinguere tali accordi rispetto ai trasferimenti di *intangible*.

Bisogna, comunque, notare che l'"*income method analysis*" sviluppato dall'IRS è altamente contestato. Nella sua forma più estrema, è richiesto che all'entità che trasferisca l'*intangible* venga riconosciuto per l'intero il margine netto dei ricavi conseguiti, al di là dei ricavi imputabili all'esecuzione di funzioni routinarie.

⁴⁷ Le nuove *Regulations* sono state pubblicate il 16 dicembre 2001 e successivamente modificati il 27 agosto 2013.

L'inconsistenza di tale posizione rispetto alla realtà operativa del mercato ha causato l'incremento di innumerevoli controversie nell'esperienza statunitense⁴⁸.

Una strada utile per determinare il valore di un'*intangible* da trasferire ad una parte correlata rimane quella di analizzare la alternativa realistica che la parte correlata avrebbe a disposizione al

⁴⁸ In *Veritas Software Corp. & Subsidiaries v. Commissioner*, 133 T.C. 297 (2009), nonacq., A.O.D. 2010-005, 2010-49 I.R.B. (6 December 2010), la corte tributaria statunitense rigettò l'applicazione da parte dell'IRS dell'*income method*. Il caso coinvolgeva una società buy – in nell'ambito di un *Cost sharing agreement*. Veritas Software Corp. (Veritas) era uno sviluppatore e produttore di software per la gestione di dati: vendeva i suoi prodotti direttamente al consumatore finale, al distributore ed al rivenditore ed attraverso licenze derivanti dall'originario produttore. Il mercato dei software di raccolta dati era soggetto a rapidi cambiamenti e secondo l'opinione della corte tributaria, i prodotti avrebbero perso valore in tempi rapidi. I prodotti della società Veritas avrebbero potuto avere una redditività al massimo di 4 anni. Veritas sottoscrisse un CSA con una controllata avente sede in Irlanda. La controllata irlandese fece un pagamento di una somma forfettariamente concordata nel 2000 di 166 milioni di dollari. Tale pagamento fu determinato con l'utilizzo del metodo CUT, utilizzando l'accordo di licenza tra Veritas ed un OEM "*original equipment manufacturer*" al fine di determinare un *range* di corrispettivi di royalty da utilizzare in relazione ad *intangibles* preesistenti. Veniva assunta una vita utile del software di 2-4 anni, ed il corrispettivo della royalty era ridotto oltre quel periodo sulla base di una precedente previsione nell'accordo tra Veritas ed OEM. L'IRS concluse, sulla base di un'analisi di DCF, che la somma forfettaria avrebbe dovuto essere di 1.675 billion di dollari. Secondo la corte tributaria statunitense, l'IRS aveva determinato questo valore sull'assunto che l'*intangibles* preesistente avesse una vita perpetua, utilizzando un *range* di deduzione del 13.7%, determinando che le entrate della società Veritas di diritto irlandese crescessero con un rate complessivo annuale del 17,91% dal 2001 fino al 2005, e, sulla base di tale crescita, assumendo una percentuale di crescita del 13% dal 2007 fino al 2010 e del 7% successivamente. La Corte tributaria statunitense concluse che il metodo CUT e non il DCF fosse il miglior metodo per determinare il corrispettivo (*buy – in payment*) dovuto dalla predetta Veritas di diritto irlandese. Fu, quindi, rigettata la contestazione dell'IRS secondo cui gli *intangibles* trasferiti erano sostanzialmente differenti da quelli oggetto degli accordi con l'OEM e per tale motivo non si sarebbe potuto utilizzare tale *buy in payment* al fine dell'utilizzo del CUT method. Essenzialmente l'IRS contestava che il predetto accorso copriva diritti su *intangibles* preesistenti e non che si sarebbero potuti realizzare in relazione ai medesimi stessi.

tempo del trasferimento. In via esemplificativa, se una società controllata è considerata licenziataria di brevetti ed altri *intangibles* tutelati giuridicamente, potrebbe optare per intraprendere un autonomo *business* fondato su invenzioni di propria realizzazione pur similari a quelle per le quali sia licenziataria (naturalmente a condizione di provare che il proprio staff di R&D non abbia conosciuto o sfruttato con i segreti industriali del licenziante). In tal caso, il valore degli *intangibles* concessi in licenza non potrà essere incrementato del profitto che il licenziatario ha sviluppato in autonomia.

Una compagnia che stesse valutando di prendere una licenza dalla controllante un marchio e/o brevetto non sviluppato nel mercato di competenza, potrebbe decidere di sviluppare il marchio e/o brevetto in autonomia. Il costo dello sviluppo del marchio potrebbe diventare il tetto massimo per la determinazione del corrispettivo di libera concorrenza della licenza. È in ogni caso necessario una corretta ripartizione dei rischi imprenditoriali connessi alle differenti alternative. In via esemplificativa, un'impresa sviluppatrice di un nuovo prodotto potrebbe scegliere di concederlo in licenza, ovvero di venderlo ad una compagnia straniera, ovvero ancora di produrlo direttamente e procedere alla sua vendita sul mercato straniero. Queste due alternative coinvolgono differenti livelli di rischio per lo sviluppatore, ed i profitti potenzialmente conseguibili da una produzione strategica potrebbero non essere minimamente in correlazione con una strategia di concessione di licenza.

A seguito dell'analisi ed individuazione del miglior metodo di determinazione del corrispettivo di libera concorrenza per il trasferimento di *intangible*, è necessario poi procedere all'analisi

di comparabilità tenendo conto che debbono essere soddisfatti specifici *standard*.

Ai fini del *Comparable uncontrolled transaction method*, vi sono specifici fattori che sono rilevanti per determinare la comparabilità e tra di essi rilevano (Treas. Reg. § 1.482-4(c)(2)(iii)(B)(2)):

- i termini del trasferimento comprensivi dello sfruttamento dei diritti garantiti, il carattere esclusivo o meno dei diritti garantiti, ed ogni restrizione all'uso, comprensiva delle limitazioni dell'area geografica in cui i diritti potrebbero essere sfruttati;
- lo *stage* di sviluppo dell'*intangible* nel mercato in cui l'*intangible* dovrebbe essere usato (inclusendo eventuali approvazioni governative, autorizzazioni e licenze);
- eventuali diritti di ricevere aggiornamenti, revisioni o modificazione all'*intangible*;
- l'unicità della proprietà ed il periodo per il quale l'*intangible* rimarrebbe unico, comprendendo anche la durata della protezione legale dell'*intangible* sulla base delle leggi dei paesi più rilevanti;
- la durata della licenza, contratto od accordo, ed ogni previsione di conclusione o rinegoziazione del contratto di licenza;
- ogni rischio economico e di assunzione del rischio che dovrebbe essere assunto dal licenziatario;
- l'esistenza di eventuali relazioni collaterali e relazioni economiche e commerciali tra il cedente e cessionario;
- le funzioni da realizzare tra cedente e cessionario, inclusi servizi ancillari e sussidiari.

Transazioni tra parti non controllate che incontrano tali requisiti potrebbero esser correttamente usate per la determinazione dell'*arm's lenght range* al fine di determinare il corrispettivo di pagamento delle *royalties*.

Nell'ambito della disciplina statunitense, sono stati oggetto di valutazione, ancor prima di quanto attuato con le *Guidelines OCSE*, i casi in cui il valore di una bene materiale, ovvero di un servizio trasferito, possa essere influenzato e incrementato dal fatto che congiuntamente ad esso possa essere trasferito un bene immateriale. Generalmente, nel diritto statunitense, l'operazione negoziale è analizzata come strutturata dal contribuente, ed il fatto che i beni immateriali siano ricompresi nel trasferimento di un bene materiale e o nell'ambito di una prestazione di servizi è rilevante nell'ambito di un'analisi di comparabilità e non quale autonomo trasferimento di cui si debba fare un'analisi autonoma del corrispettivo di libera concorrenza (in questo senso cfr. Treas. Reg. § 1.482-1(d)(3)(v)).

In questi casi, la transazione è considerata nella sua complessità e la selezione del metodo di determinazione del corrispettivo di libera concorrenza deve tenere in considerazione anche il valore del bene immateriale ricompreso. Per questa ragione, potrebbe risultare non appropriato utilizzare prodotti non marchiati come comparabili per determinare il corrispettivo di libera concorrenza di un bene marchiato, nell'ambito di un'analisi condotta con il *CUP method*.

Ci sono però circostanze in cui i beni immateriali, ricompresi nel trasferimento di beni materiali o servizi, devono essere valutati, come se fossero trasferiti separatamente: autonomamente.

Questo è il caso in cui il cessionario acquisisce il diritto di sfruttare un bene immateriale incorporato tramite il trasferimento del bene materiale (Treas. Reg. § 1.482-3(f)). Qualora il bene immateriale sia integrato in un servizio la transazione dovrà essere analizzata sulla base delle *regulations* relative ai servizi, per quanto potrebbe essere più opportuna un'analisi separata, se la prestazione del servizio influisce nella determinazione del corrispettivo di libera concorrenza del bene immateriale (Treas. Reg. § 1.482-9(m)(2)).

Vengono anche considerati i casi in cui si trasferisce un complesso di beni *intangibles* ovvero un complesso di essi congiuntamente ad uno di più rilevante valore. Un contribuente potrebbe vendere un portfolio di tali beni per una somma forfettaria complessiva, o prevedere un pagamento di *royalty* al corrispettivo di libera concorrenza per la vendita dell'intero portfolio. L'IRS tende a non approvare tali accordi in quanto preferisce analizzare il corrispettivo di libera concorrenza dei singoli beni trasferiti.

Nelle *regulations* relative ai *Cost Sharing Agreements*, l'IRS ha enfatizzato la differenza tra produrre o vendere i diritti o un portafolio di diritti.

Ulteriore fattispecie, denominata “*round – tripping*”, interviene allorquando la società capo gruppo concede in licenza ad una società straniera manifatturiera l'utilizzo di un *intangible* nella produzione dei prodotti che poi distribuisce.

La questione relativa al *transfer pricing* inerisce al fatto se le due transazioni debbano o meno essere aggregate. L'IRS preferisce analizzare una transazione di questo tipo verificando le realistiche alternative di trattenere l'*intangible* e considerare la società

controllata di diritto straniero come un “*contract manufacturer*” avente diritto a ricavi propri di un’impresa esercente funzioni routinarie.

La sezione 482 richiede specificamente che il corrispettivo per ogni bene immateriale trasferito tra parti correlate debba essere “*commensurate with the income*” imputabile all’*intangible*. In riguardo al metodo usato al fine di determinare l’*arm’s length price*, la sezione 482 delle *regulations* permette all’IRS di aggiustare il *royalty rate* se quel rate non è commisurato con i ricavi che il licenziatario percepisce dallo sfruttamento dell’*intangible*, anche se l’ammontare in cambio era *at arm’s length/commensurate with income* nel precedente anno (cfr. Treas. Reg. § 1.482-4(f)(2)(i)).

Dall’analisi della disciplina statunitense si evince, quindi, che quest’ultima è stata la principale fonte di ispirazione della disciplina di diritto internazionale del *transfer pricing*, soprattutto sviluppata dall’Ocse con le *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Si deve precisare che anche quest’ultime, ad ogni modo, hanno influenzato alcuni aspetti delle *Regulations*.

Da un lato, però, le *Regulations* statunitensi risultano il frutto di un più maturo sviluppo ed applicazione della disciplina stessa; maturità dettata con probabilità da un Amministrazione Fiscale più attenta a tale questioni già da inizio del secolo scorso e ad un più vasto panorama di controversie giurisprudenziali sul punto.

Soprattutto in tema di trasferimento di *intangibles*, le *Regulations* appaiono più puntuali e idonee ad affrontare le questioni

più rilevanti, rispetto alle *OECD Guidelines*, anche nell'ultima versione pubblicata⁴⁹.

Ne discende che esse possano assurgere a parametro interpretativo, qualora le *OECD Guidelines* risultino insufficienti alla risoluzione di controversie più complesse in tema di prezzi da trasferimento. Nell'utilizzo delle *Regulations* a fini interpretativi al di fuori del loro ambito territoriale di applicazione, però, si dovrà considerare che la disciplina statunitense si fonda su regolamentazioni di fonte amministrativa: quest'ultime tendono a favorire il permanere del maggior valore derivante da transazioni di *intangibles* nell'ambito del territorio e della fiscalità degli Stati Uniti. Ciò, influenza radicalmente molte delle scelte assunte.

In questa prospettiva, le *OECD Guidelines* si presentano quale strumento più “imparziale” diretto prevalentemente a conseguire una corretta ripartizione dell'imposizione tra i diversi Stati senza incorrere in rischi di doppie imposizioni.

⁴⁹ Per un più ampio riferimento alle *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, pubblicate il luglio 2017 si rinvia al seguente Capitolo 5.

Capitolo 4. Il principio dell'*arms' lenght* nel diritto tributario europeo.

Nell'ambito dell'Unione Europea la legislazione sui prezzi di trasferimento non è armonizzata mediante atti legislativi sotto forma di direttive, ad eccezione del riferimento presente nell'articolo 4 della Convenzione sull'arbitrato dell'UE (*Convention on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises*, [1990] OJ 1990 L 22590/463/EEC/10)⁵⁰. Gli Stati membri rispettivamente hanno adottato o seguono gli standard dell'OCSE, vale a dire il principio *dell'arm's lenght*. Tale principio, però, ha trovato il proprio riconoscimento anche nel diritto tributario europeo per il tramite di diverse pronunce della Corte di Giustizia, ed, in particolare, con la sentenza *Lankhorst-Hohorst*⁵¹ e successivamente nelle pronunce SGI⁵².

Nella causa C-311/08 *Société de Gestion Industrielle (SGI)* contro lo Stato Belga, la Corte riconosceva che: “*Nella fattispecie, è giocoforza constatare che il fatto di consentire alle società residenti di trasferire i loro utili sotto forma di benefici straordinari o senza contropartita a società collegate a queste ultime da un vincolo d'interdipendenza e stabilite in altri Stati membri rischierebbe di compromettere una ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri. Ciò potrebbe pregiudicare il sistema stesso della*

⁵⁰ R. Ashon, *Is the Commission's Arm's Length Principle Compatible with the Principle of Legal Certainty?*, Master Thesis, Master's Programme in European and International Tax Law 2016/2017, 6 June 2017, Lund University.

⁵¹ CGUE 12 dicembre 2002, causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, Racc. pag. I-11779, punto 26.

⁵² Causa CGUE C-311/08 SGI, ECLI:EU:C:2010:26.

ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, poiché, a seconda della scelta operata dalle società collegate da vincoli d'interdipendenza, lo Stato membro della società che concede benefici straordinari o senza contropartita sarebbe costretto a rinunciare al suo diritto di assoggettare ad imposta, in quanto Stato di residenza di tale società, i redditi di quest'ultima, a vantaggio, eventualmente, dello Stato membro in cui ha sede la società beneficiaria (v., in tal senso, citata sentenza Oy AA, punto 56)''.

Nel caso *Thin Cap*⁵³, la CCE ha dato risalto al principio dell'*arm's length* come un fattore determinante della misura in cui una norma interna limitativa della libertà di stabilimento ai fini della lotta alle pratiche di elusione fiscale è proporzionale agli obiettivi ricercati. Ancor prima di tale riconoscimento da parte della CGUE, la CE, il Consiglio e gli Stati membri hanno anche riconosciuto esplicitamente il principio dell'*arm's length* come un principio di equa ripartizione degli utili che potrebbe facilitare l'attività economica transfrontaliera all'interno del mercato interno.

In tale ottica, gli Stati membri hanno avuto e hanno ancora il potere di determinare se gli interessi assegnati dovuti da un contribuente residente aziendale sarebbero, in tutto o in parte, deducibili dalle tasse, fatti salvi i requisiti del diritto primario dell'UE. L'avvento della *Thin Cap* ha comportato, oltre all'allocazione dei profitti, la considerazione del principio dell'*arm's length* come principio di determinazione del maggior valore aggiunto dall'intangible. Pertanto, se uno Stato membro ha adottato una regola di limitazione degli interessi che limita la libertà di un trattato (come

⁵³ CGUE 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, Racc. pag. I-2107.

la libera circolazione dei capitali) ma è giustificata ai fini della lotta all'evasione fiscale, tale norma non può limitare la deducibilità di più interessi di un normale valore di mercato.

Anche nel caso *Forum 187*⁵⁴, le parti nazionali hanno sostenuto che l'amministrazione fiscale belga fosse vincolata dagli orientamenti dell'Ocse sui prezzi di trasferimento come *standard* di riferimento adeguati per la loro difesa. La CGUE ha indicato che gli Stati membri dell'UE dovrebbero applicare il principio dell'*arm's length* come incorporato nel loro sistema fiscale nazionale per verificare i prezzi che sarebbero stati addebitati "*in condizioni di libera concorrenza*". In quel caso, è stato utilizzato un metodo di costo-maggiorato in cui alcuni costi altamente rilevanti venivano esclusi dalla base di *costo-plus*⁵⁵⁶.

All'interno dell'Unione Europea, il principio dell'*arm's length* è applicato nell'articolo 4 della Convenzione sull'arbitrato dell'UE (*Convention on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises*, [1990] OJ 1990 L 22590/463/EEC/10), di cui si tratterà meglio in seguito al Capitolo 4 della Parte Quinta, e negli orientamenti sui prezzi di trasferimento

⁵⁴ CGUE C-182/03 e C-217/03 del 22 Giugno 2006, Belgio e Forum 187 v Commission, ECLI:EU:C:2005:266, para. 96.

⁵⁵ Causa CGE C-524/04 *Test Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue* secondo cui: "*The mere fact that a resident company is granted a loan by a related company which is established in another Member State cannot be the basis of a general presumption of abusive practices and justify a measure which compromises the exercise of a fundamental freedom guaranteed by the Treaty. However, a national measure restricting freedom of establishment may be justified on the ground of prevention of abusive practices where it specifically targets wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality and are designed to circumvent the legislation of the Member State concerned and, in particular, to escape the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory.*"

⁵⁶ CGUE C-182/03 e C-217/03 del 22 Giugno 2006, Belgio e Forum 187 v Commission, ECLI:EU:C:2005:266, para. 96.

degli Stati membri. Anche l'Unione Europea, nel suo rapporto del 2001 "*Tassazione delle società nel mercato interno*"⁵⁷, riconosceva come il principio dell'arm's length fosse una componente fondamentale dei prezzi di trasferimento, rappresentando un concetto coerente e solido per stabilire la corretta attribuzione dei profitti delle società tra paesi⁴⁰.

Infine, la Commissione Europea il 19 luglio 2002 ha nominato un Forum di esperti (il Joint Transfer Pricing Forum) istituito informalmente nel giugno 2002 e riunitosi per la prima volta nell'ottobre 2002. Lo scopo di tale Forum è di studiare la disciplina del *transfer pricing* e, alla luce anche delle Linee Guida dell'Ocse, proporre alla Commissione soluzioni pragmatiche e non legislative ai problemi pratici posti da pratiche di prezzi di trasferimento nell'UE. In particolare, si porrebbe lo scopo di uniformare la disciplina dei diversi Stati, al fine di evitare alle imprese gli eccessivi costi amministrativi derivanti dall'applicazione delle rispettive discipline di Transfer Pricing.

I suggerimenti del Forum debbono perciò intendersi quale integrazione (col fine di "*armonizzare*") delle prescrizioni Ocse e costituiscono *soft law*. Sin d'ora, il Forum ha formulato nel 27 giugno 2006 il Codice di Condotta per la tenuta della documentazione ai fini del *transfer pricing*⁵⁸ e nel 25 gennaio 2011 le "*Guidelines on low value adding intra-group services*"⁵⁹.

⁵⁷ Commissione Europea, "*Company Taxation in the Internal Market*" (Commission Staff Working Paper) COM (2001)582 final p. 255.

⁵⁸ Code of conduct on transfer pricing documentation in the EU – FAQ(MEMO/05/414).

⁵⁹ Communication 2011/16 on the work of the JTPF from April 2009 to June 2010 including proposed guidelines on low-value-adding intra-group services.

Tuttavia, anche nel contesto europeo, la conclusione è stata che il principio dell'*arm's length* stia diventando sempre più difficile da applicare e le norme e le pratiche di trasferimento dei prezzi tra gli Stati membri differiscano in modo significativo. Nonostante ciò non è stata posta in essere alcuna iniziativa forte diretta all'uniformità delle discipline dei diversi Stati membri.

Capitolo 5. L'importanza dell'“*Action Plan on base Erosion and Profit shifting*” nella revisione delle *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations: “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation” Action 8-10 Finale Report*”.

L'evoluzione sia della disciplina normativa che della giurisprudenza statunitense in tema di *arm's lenght* non poteva non riverberarsi nello sviluppo e revisione delle *OECD Guidelines*. Infatti, fin dall'approvazione da parte dell'OCSE della nuova versione delle *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* ebbe inizio una procedura di revisione del Capitolo 6 (*Special considerations for intangible property*) e del Capitolo 8 (*Cost contribution arrangements*) delle medesime, che si concluse con la pubblicazione il 30 luglio 2013 del *Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*⁶⁰.

Contestualmente, tuttavia, si sono incrementate le pressioni internazionali per il contrasto del “*Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*” inteso come insieme di strategie di natura fiscale che talune imprese pongono in essere per erodere la base imponibile (*base erosion*) e dunque sottrarre imposte al fisco. La traslazione dei profitti (*profit shifting*) da paesi ad alta imposizione a paesi a tassazione nulla o ridotta è, di fatto, essa stessa una strategia che conduce all'erosione della base imponibile.

⁶⁰ OECD, *Public Consultation Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles* 30 Jul. 2013; <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/48594010.pdf> ; per un commento, cfr. S. Mayr - G. Fort, “*Il Progetto BEPS ed i beni immateriali*”, in *Corr. Trib.*, n. 7/2014, pag. 547 ss

La consapevolezza della necessità di affrontare e contrastare tali pratiche di allocazione dei maggiori profitti in paradisi fiscali è stata acquisita, in primo luogo, al vertice del G20 del 18-19 giugno 2012 in Messico⁶¹, nella cui dichiarazione finale si può leggere l'impegno dei Leader “*di impedire l'erosione di base e lo spostamento di profitto*”. Nel “*G20 dei ministri delle finanze*” del 5-6 novembre 2012, il compito di individuare azioni concrete volte a contrastare il fenomeno BEPS è stato attribuito all'OCSE.

Il 12 febbraio 2013 e successivamente al G20 di Mosca (19-20 luglio 2013), l'OCSE ha presentato il Rapporto “*Piano d'Azione*” su “*Erosione della Base imponibile e spostamento dei profitti*” (BEPS), individuando un programma, suddiviso in 15 misure, progettato per analizzare e affrontare la questione a livello internazionale⁶².

Un primo pacchetto di misure del *report* BEPS è stato presentato il 16 settembre 2014 e, infine, il 5 ottobre, in vista del G20 di Lima, in cui sono stati pubblicati i risultati dell'intero progetto BEPS.

Come indicato dalla stessa Ocse nell'ambito della prefazione al Report Finale relativo alle azioni dalla 8 alla 10 denominato “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*” il pacchetto di misure denominato BEPS rappresenta la prima rilevante innovazione al diritto internazionale tributario in circa un secolo.

⁶¹ G20, *G20 Leaders Declaration*, at para. 48, G20 at Los Cabos, Mexico (Jun. 18–19, 2012), https://www.g20.org/sites/default/files/g20_resources/library/G20_Leaders_Declaration_Final_Los_Cabos.pdf.

⁶² See, OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, (Feb. 12, 2013), available at http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/addressing-baseerosion-and-profit-shifting_9789264192744-en#page1.

Rilevante è apparsa, da subito, l'azione n. 8, sulla base della quale si prefigurava l'introduzione di regole “*to prevent BEPS by moving intangibles among group members. This will involve (i) adopting a broad and clearly delineated definition of intangibles; (ii) ensuring that profits associated with the transfer and use of intangibles are appropriately allocated in accordance with (rather than divorced from) value creation; (iii) developing transfer pricing rules or special measures for transfer of hard-to-value intangibles and (iv) updating the guidance on cost contribution arrangements*”.

Si tratta di un'innovazione che per poter essere realizzata appieno necessita inevitabilmente dell'accordo di tutti gli Stati i quali dovrebbero procedere, da un lato, alla modifica della disciplina interna e, dall'altro lato, alla stipulazione di convenzioni internazionali e trattati tra di loro. Tale Report finale ha assorbito, quindi, il progetto di revisione dei Capitoli 6 e 8, tanto più che l'Ocse ha dichiarato che senza dubbio il 2013 doveva considerarsi “*the year of intangibles*”⁶³.

In primo luogo, nel report finale predetto si ravvisa la modifica della Sezione D del Capitolo I delle *Transfer Pricing Guidelines*, senza però abbandonare il principio dell'*arm's length*, che ancora sostiene le nuove Guidelines sul *transfer pricing* pubblicate nel 2017.

Nel capitolo 1 delle nuove Guidelines, l'Ocse riafferma che tale principio viene adottato da tutti i paesi e che si conferma tuttora adottato dallo stesso organismo internazionale. Si ribadisce che l'adozione di tale metodo e tale principio non può portare a risultati esatti e, quindi, ci sarà sempre la necessità di adottare “*adjustments*”, ma ciò non destituisce la validità del medesimo. Secondo l'Ocse “*It*

⁶³ <http://www.oecd.org/ctp/transferpricing/transferpricingaspectsofintangibles.htm>.

should also be recalled at this point that transfer pricing is not an exact science but does require the exercise of judgment on the part of both the tax administration and taxpayer”⁶⁴.

L’Ocse si sofferma anche nella valutazione dell’opportunità di modificare tale approccio per tendere verso il *global formulary apportionment*⁶⁵. Sulla base del *formulary apportionment* il reddito complessivo di un gruppo multinazionale dovrebbe essere ripartito tra le diverse entità sulla base di una formula generale complessiva. Tale criterio avrebbe come punto di favore una maggior precisione nel risultato finale vista la difficoltà in concreto di valutare quale sia l’effettivo apporto fornito da ciascuna delle entità di un gruppo multinazionale.

Nella valutazione fornita dall’Ocse l’adozione di una formula globale è sconsigliabile per una pluralità di motivazioni. Innanzitutto, al fine della sua corretta applicazione sarebbe necessario detenere una pluralità d’informazioni sui dati di bilancio e fiscali relativi ad ogni entità e per ogni giurisdizione in cui esse risiedono. Un ulteriore elemento di rilevante criticità riguarda il fatto che tale metodologia non appare in grado di scongiurare una doppia tassazione e pertanto non viene apprezzata da parte dei predetti gruppi multinazionali. Inoltre, anche se alcuni paesi vorrebbero inserire tale formula generale, ognuno di essi vorrebbe che di fatto in essa siano tenuti

⁶⁴ Guidelines Ocse– *CHAPTER I: THE ARM'S LENGTH PRINCIPLE* p. 38

⁶⁵ G. Cottani, *Formulary Apportionment: A Revamp in the Post-Base Erosion and Profit Shifting Era?*, INTERTAX, Volume 44, Issue 10, 2016, p. 755 ss.

conto elementi di proprio interesse. Onde tra i paesi che la vorrebbero adottare non ci sarebbe poi concordia nelle modalità con cui tale formula debba essere composta.

Tali considerazioni hanno portato l'Ocse a confermare il principio di libera concorrenza come l'unico valido ed universalmente accettato in tema di *transfer pricing*. Si motiva la continua adozione del medesimo sul presupposto che sia un principio in grado di preservare una parità di trattamento tra società appartenenti ad un gruppo multinazionale ed un'entità indipendente.

Secondo l'Ocse *l'arm's lenght principle* si è dimostrato utile quale pratico ed equilibrato strumento sia per le amministrazioni finanziarie sia per i contribuenti al fine di dare una valutazione ai trasferimenti di beni e servizi.

D'altra parte, l'Ocse è anche consapevole che la complessità del processo di determinazione del *transfer pricing* tramite *l'arm's lenght principle*, il quale implica una prima valutazione delle funzioni svolte dalle società collegate, gli *asset* utilizzati e i rischi contrattuali, ha agevolato le pratiche di manipolazione dei prezzi di trasferimento.

Pur postulando che i membri di un gruppo multinazionale debbano essere compensati sulla base del valore che creano attraverso le funzioni svolte, i beni utilizzati ed i rischi assunti nello sviluppo, valorizzazione, manutenzione, protezione e sfruttamento dei beni immateriali, si è consapevoli delle difficoltà insite nell'analisi funzionale, che necessita di ulteriori precisazioni, e di quanto la stessa analisi possa essere alterata.

Sulla base di tali considerazioni l'Ocse, pur non abbandonando

l'utilizzo del principio, valuta la possibilità di ricorrere in alcuni casi a strumenti ulteriori rispetto a quelli tradizionali, "*within and beyond the arm's length principles*"⁶⁶.

In particolare, l'Ocse focalizza l'attenzione sull'analisi funzionale precisando che si dovrà tenere conto delle funzioni svolte dalle società consociate anche in termini di assunzione di rischi e approvvigionamento di capitali. La valutazione di tali elementi non dovrà essere operata solo mediante l'analisi dei rapporti contrattuali, ma sarà necessaria l'analisi del comportamento tenuto dalle parti e la loro reale operatività.

In concreto, si deve considerare ove viene prodotto il *value creation*.

Tali precisazioni vengono operate dal nuovo paragrafo 1.36 Capitolo 1 Sezione D delle Guidance riscritto e modificato dall'Ocse, allorquando in riferimento alle caratteristiche essenziali da valutare nell'individuazione dei comparabili indica: "*1.36 ...The functions performed by each of the parties to the transaction, taking into account assets used and risks assumed, including how those functions relate to the wider generation of value by the MNE group to which the parties belong, the circumstances surrounding the transaction, and industry practices (D.1.2).*".

Inoltre, si evidenzia che ogni elemento e soprattutto i dati contrattuali debbono essere supportati da evidenze, tanto più che se i

⁶⁶ Soprattutto in tema di intangibile viene promosso il metodo *del profit shifting*. Secondo Yariv Brauner, *Transfer Pricing in BEPS: First Round — Business Interests Win (But, Not in Knock-Out)*, INTERTAX, Volume 43, Issue 1, p. 72 ss.: "*The report does not elaborate on the actual implementation of the OECD's new approach, yet the latter support of profit split has been anticipated for a long time and is somewhat widely accepted as the best way for the OECD to abandon arm's length in the transfer pricing for intangibles without losing too much face*".

comportamenti delle parti sono discordanti rispetto alle condizioni contrattuali si dovrà tener conto solo dei primi (1.45). Si precisa, quindi, il principio della prevalenza della sostanza sulla forma ancor più di quanto comunque già fatto nelle precedenti *Guidelines*⁶⁷.

Si può ritenere che l'intero operato riformatore dell'Ocse sia volto a dare rilevanza alla sostanza delle traslazioni e relazioni commerciali tra consociate a prescindere dalle qualificazioni giuridiche.

In quest'ottica, viene prestata ancor più attenzione all'analisi funzionale e dell'assunzione del rischio, con particolare riguardo al *risk management*, elemento in grado di influenzare radicalmente il contenuto della transazione.

L'analisi del rischio secondo le nuove Guidelines viene operata attraverso sei step differenti (Par. 1.60)⁶⁸ volti ad individuare i rischi

⁶⁷ In questi termini, Mirjam Koomen, *Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle – Part II*, *International Transfer Pricing Journal* July/August 2015, p. 230 ss. secondo cui: “*The OECD Guidelines recognize the transactions as actually undertaken as structured, and state that the contractual relationship of the parties must be deduced from their conduct. Also, explicit reference is made to economic substance and the conduct of the parties. 71 Thus, the OECD Guidelines suggest following the actual transaction as structured, but the substance of the transaction must be discerned and should correspond; this conforms to the substance-over-form principle. 72 This recognition of the transaction as actually undertaken and as reflected by the actual conduct of the parties is explicitly repeated in the latest Discussion Draft on Revisions to Chapter I.73*”.

⁶⁸ Oecd Guideilnes, 2017: “1.60 The steps in the process set out in the rest of this section for analysing risk in a controlled transaction, in order to accurately delineate the actual transaction in respect to that risk, can be summarised as follows: 1) Identify economically significant risks with specificity; 2) Determine how specific, economically significant risks are contractually assumed by the associated enterprises under the terms of the transaction; 3) Determine through a functional analysis how the associated enterprises that are parties to the transaction operate in relation to assumption and management of the specific, economically significant risks, and in particular which enterprise or enterprises perform control functions and risk mitigation functions, which enterprise or enterprises encounter upside or downside consequences of risk outcomes, and which enterprise or enterprises have the financial capacity to assume the risk; 4) Steps 2-3 will have identified information relating to the assumption and management of risks in the controlled transaction. The next step is to interpret the information and determine whether the contractual assumption of risk is consistent with the conduct of the associated enterprises and other facts of the case by analysing (i) whether the associated enterprises follow the contractual terms under the principles of Section D.1.1; and (ii) whether the party assuming risk, as analysed under (i), exercises control over the risk and has the financial capacity to assume the risk; 5) Where the party

assunti nell'ambito della transazione, la ripartizione dei rischi tra le diverse entità e la sostenibilità del rischio da parte di quell'entità che lo ha assunto. L'analisi deve spingersi al di là delle clausole negoziali, al fine di individuare la sostanza economica e di fatto sottostante l'operazione negoziale. Quest'ultima analisi richiede un'ampia acquisizione di informazioni sulle singole entità interessate nella transazione⁶⁹.

L'Ocse ulteriormente precisa che, soprattutto con l'utilizzo dei metodi reddituali, si debbano valutare primariamente le funzioni svolte dalle società correlate più che la natura dei beni e servizi. In questi casi, le stesse Guidelines in tema di *intangibles* evidenziano come *il business risk* sia molto evidente e debba essere tenuto in considerazione negli *adjustments*⁷⁰., anche perché l'Ocse precisa che

assuming risk under steps 1-4(i) does not control the risk or does not have the financial capacity to assume the risk, apply the guidance on allocating risk;6) The actual transaction as accurately delineated by considering the evidence of all the economically relevant characteristics of the transaction as set out in the guidance in Section D.1, should then be priced taking into account the financial and other consequences of risk assumption, as appropriately allocated, and appropriately compensating risk management functions.

⁶⁹ Sul questione cfr. M. Koomen, *Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle – Part II*, *International Transfer Pricing Journal* July/August 2015, p. 230 ss. secondo cui: "The emphasis is on "capabilities" to make risk-taking and risk-responsive decisions and to mitigate risk, "together with the actual performance of those decision-making functions and such risk mitigation". The term "risk management" receives a different scope, but the guidance remains in line with current guidance in the OECD Guidelines. At arm's length, parties are allocated a greater share of those risks over which they have relatively more control. The functional analysis must establish how each party contributes to risk management and the impact of the risks. The examples concerning risk transfers and possible fees are more explicit than in the current chapter 1 guidance. It is stated that where risk management and control over risk are separated, a possible compensation for risk management must be determined, although a separate compensation for risk management is normally not required."

⁷⁰ Oecd Guidelines, 2017 "1.109 In practice, it has been observed that comparability analyses for methods based on gross or net profit indicators often put more emphasis on functional similarities than on product similarities. Depending on the facts and circumstances of the case, it may be acceptable to broaden the scope of the comparability analysis to include uncontrolled transactions involving products that are different, but where similar functions are undertaken. However, the acceptance of such an approach depends on the effects that the product differences have on the reliability of the comparison and on whether or not more reliable data are available. Before broadening the search to include a larger number of potentially comparable uncontrolled

Infine, in considerazione del fatto che soprattutto nella valutazione dei beni immateriali sia per i contribuenti sia per le amministrazioni fiscali non risulta facile l'utilizzo del *transactional profit split method*, ritenuto più adatto in determinate circostanze per la valutazione dei beni immateriali, si è proceduto alla revisione delle *Guidelines* ad esso relative con lo scopo di chiarirle, migliorarle e rafforzarle.

In particolare, si chiarisce che il *transactional profit split method* “*may be found to be the most appropriate method in situations where both parties to the transaction make unique and valuable contributions, for example in the form of unique intangibles*”.

La tendenza dell'Ocse ad abbracciare il *profit split method* ha in parte trovato critiche in quanto si è valutato che il suo utilizzo avrebbe portato a risultati non corrispondenti all'*arms' length*, soprattutto in considerazione del fatto che la sua applicazione presuppone l'assenza di comparabili.

Ne è disceso la necessità di chiarire quando tale metodo possa trovare applicazione e precisamente quando la transazione in analisi abbia ad oggetto beni e servizi caratterizzati dall'unicità e capacità di creare valore aggiunto, o meglio “*Unique and valuable contributions*”.

In considerazione di ciò, l'Action 8 ed il *Final Report* focalizzano considerevolmente l'attenzione sulla disciplina del *Transfer pricing* su “*intangibles*”, provvedendo a modificare integralmente il Capitolo VI delle *Guidelines*.

transactions based on similar functions being undertaken, thought should be given to whether such transactions are likely to offer reliable comparables for the controlled transaction”.

Quest'ultimo, innanzitutto, si sofferma sulla definizione di *intangibles*, una delle questioni cruciali in quanto, da un lato, è determinante dell'ambito operativo del *transfer pricing* e, dall'altro lato, non vi è tuttora una definizione integralmente condivisa.

La definizione di *intangibles* è una questione discussa negli anni ed, ancora, non del tutto risolta, divergendo tra loro le opinioni di operatori del settore economico, rispetto a quelle di matrice legale e a quelle formulate dagli economisti.

Infatti, i primi tendono ad identificare gli *intangibles* in ogni elemento di valore trasferito nel mercato⁷¹. La dottrina giuridica⁷² afferma che si possa considerare un *intangible* solo ciò che è soggetto a tutela giuridica. Infine, le categorie professionali, tra cui revisori legali e dottori commercialisti, reputano che possa considerarsi *intangibles* solo ciò che rappresenti un valore che possa trovare iscrizione nei registri contabili⁷³.

Le nuove *Guidelines*, come riscritte nel *Final Report*, pur precisando di non voler aderire ad una particolare impostazione⁷⁴, tendono verso un'interpretazione maggiormente economicistica della questione, trovando fautori e critici dell'impostazione adottata.

⁷¹ I. Verlinden and Y. Mondelaers, *International Transfer Pricing Aspects of Intangibles: At the Crossroads between Legal, Valuation and Transfer Pricing Issues*, *International Transfer Pricing Journal*, 2010, 1, p. 50 e ss.

⁷² S. Giorgi, "I beni immateriali nel reddito d'impresa, tra "forma" e "sostanza", in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, fasc.1, 2015, pag. 116

⁷³ In questi termini J. L. Auten, D. R. Wright, H. A. Keates, *The BEPS Action 8 Final Report: Comments from Economists*, *International Transfer Pricing Journal*, March/April, 2016 secondo cui: "This conflict has existed for as long as the authors have been involved in transfer pricing".

⁷⁴ In questi termini, Y. Brauner, *Transfer Pricing in BEPS: First Round — Business Interests Win (But, Not in Knock-Out)*, *INTERTAX*, Volume 43, 1, p. 72 ss.

Gli economisti appaiono favorevoli a quanto indicato nella *Section A*, secondo cui gli *intangibles* non devono risultare necessariamente né protetti dal punto di vista giuridico, né iscritti nei registri contabili, al fine di essere valorizzabili ai fini del *transfer pricing*. Secondo le OECD Guidelines 2017⁷⁵ con il termine “*intangible*” si intende fare riferimento ad un elemento che:

- non sia assimilabile ad un “*physical asset*” o ad un “*financial asset*”;
- sia suscettibile di essere intestato ad una entità ovvero controllato dalla medesima per l’esercizio di un’attività d’impresa;
- sia suscettibile di essere compensato l’eventuale trasferimento del medesimo tra entità indipendenti.

Ciò comporta che qualsivoglia valore economico che venga trasferito nel mercato debba avere una propria remunerazione.

Una tale definizione tende ad essere ampia e ricomprendere il trasferimento di più entità possibili, ma risulta essere al tempo stesso vaga ed imprecisa e plausibilmente foriera di significative controversie⁷⁶.

⁷⁵ Guidelines OECD, 2017, Capitolo 6, par. 6.6, secondo cui: “*In these Guidelines, therefore, the word “intangible” is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset, 2 which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances. Rather than focusing on accounting or legal definitions, the thrust of a transfer pricing analysis in a case involving intangibles should be the determination of the conditions that would be agreed upon between independent parties for a comparable transaction.*”.

⁷⁶ In questi termini, Y. Brauner, *Transfer Pricing in BEPS: First Round — Business Interests Win (But, Not in Knock-Out)*, INTERTAX, Volume 43, 1, p. 72 ss secondo cui: “*The problem of this vague message that is clearly the result of the pressure that the OECD faces when it comes to reform this regime, is that it leaves a magnitude of discretion that can annihilate the reform. Practitioners are likely to follow past practices and it would be difficult for tax authorities, even if they wished to do so, to combat such long standing practices based on new principles, themselves*

L'importanza che la parte delle *Guidelines* dedicata ai beni immateriali riveste nell'ambito del *BEPS Plan* ed in generale del *transfer pricing*, per l'identificazione e valorizzazione dei beni immateriali, ha portato l'Ocse a riscriverla.

Come si evince dallo stesso sommario, le nuove *Guidelines* precisano che la giuridica titolarità di un bene immateriale da sola non giustifica l'attribuzione della remunerazione correlata ad esso, dovendosi adeguatamente remunerare quell'impresa che porta avanti lo sviluppo, la protezione, il mantenimento degli “*intangibles*”. L'impresa che assume il rischio delle attività predette deve averne le capacità e, soprattutto la possibilità di controllo, ed adeguate risorse finanziarie, secondo le modalità già illustrate in precedenza. Si comprende come, ancora una volta, appaia preponderante la valorizzazione delle funzioni economiche effettivamente svolte dalle società associate, al di là anche della qualificazione giuridica attribuita alle operazioni negoziali intessute.

Nella Parte II Capitolo 1 si analizzeranno più approfonditamente le modifiche apportate dal Report “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*”.

Si evidenzia come in data 23 maggio 2016 il Consiglio Ocse abbia approvato le modifiche al *Transfer Pricing Guidelines* così come evidenziate nel 2015 BEPS nel Report su Actions 8-10 “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*” e sul 2015 BEPS Report su Action 13 “*Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*”, chiarendo in tal guisa gli effetti dei nuovi Report. La versione definitiva delle OECD GUIDELINES è

rather vague, but also principles that have not yet been transformed into operative rules. This is the biggest challenge that the OECD faces in the coming year.”.

stata poi pubblicata nel luglio 2017.

PARTE II.

LA NOZIONE DI “*INTANGIBLE*” AI FINI DELL’APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DEL *TRANSFER* *PRICING*.

Capitolo 1. La nozione di “intangible” nel diritto tributario internazionale e secondo l’Ocse ai fini dell’applicazione della disciplina del transfer pricing: l’analisi del Capitolo 6 delle Transfer pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, “Special Considerations for Intangible Property”. La necessità di valutazione dell’intangible nel contesto della transazione: l’individuazione di un criterio adeguato di imputazione dei ricavi derivanti dall’utilizzo degli “intangibles” tra titolarità formale e sostanziale degli stessi: “Functions, assets, and risks related to intangibles”. Questioni di qualificazione degli intangibles: la linea sottile di demarcazione tra trasferimento di beni immateriali e prestazioni di servizi.

La problematica del *transfer pricing* relativo a beni immateriali non può prescindere dall’individuazione di una definizione di *intangibles*.

Infatti, al fine di analizzare allorquando una transazione correlata a beni immateriali debba essere riportata *all’arm’s lenght* e, quindi, delimitare l’ambito applicativo della disciplina del *transfer pricing* a fronte di beni immateriali, è necessario dare una definizione a tale ultima categoria.

Come autorevole dottrina ha sostenuto: “*The defining of what constitutes an intangible may be seen to be an essential first step in*

increasing the predictability and reliability of the tax treatment of transfers of intangibles between related parties”⁷⁷.

La questione è ampiamente dibattuta nel contesto internazionale e si reputa sarà oggetto di ulteriore dibattito anche a seguito delle nuove *Guidelines Ocse* precitate, che pur avendo il pregio di fornire una definizione della categoria, appaiono alla maggior parte della dottrina piuttosto vaghe.

La prima questione che si dovrà porre uno studioso del diritto inerisce alla reale necessità di individuare una definizione universale di *intangibles* ovvero se sia preferibile adottare una definizione differente a seconda degli scopi che ci si vuole prefissare, che tenga conto delle differenti legislazioni che potrebbero essere interessate alla transazione⁷⁸.

A tal fine si reputa utile un’analisi della disciplina oltreché italiana, anche di altre nazioni tra cui quelle statunitense ed olandese⁷⁹, in considerazione del fatto che entrambe, nel contesto internazionale, risultano essere legislazioni peculiarmente mature in tema di intangibles.

I) La definizione di intangibles secondo la prospettiva statunitense

Negli Stati Uniti la sezione 482 delle *Regulations* esprime una

⁷⁷ M. Markham, *A Rose by Any Other Name...? The OECD’S Proposed Revised Definition of Intangibles*, INTERTAX, 2015, Volume 43, Issue 1.

⁷⁸ M. Markham, *The transfer pricing of intangibles*, Kluwer Law International, p. 1 ss, secondo cui sarebbe auspicabile una definizione universale.

⁷⁹ L’Olanda ha introdotto una disciplina apposita per il Patent Box già a decorrere dall’anno 2007.

definizione di intangibles ai fini dell'applicazione della disciplina del transfer pricing e, precisamente, “*For purposes of section 482, an intangible is “an asset that comprises any of the following items and has substantial value independent of the services of any individual — (1) Patents, inventions, formulae, processes, designs, patterns, or know-how; (2) Copyrights and literary, musical, or artistic compositions; (3) Trademarks, trade names, or brand names; (4) Franchises, licenses, or contracts; (5) Methods, programs, systems, procedures, campaigns, surveys, studies, forecasts, estimates, customer lists, or technical data; and (6) Other similar items. For purposes of section 482, an item is considered similar to those listed in paragraph (b)(1) through (5) of this section if it derives its value not from its physical attributes but from its intellectual content or other intangible properties.”*

Si comprende che la definizione tratta dalle *Regulations* americane estende il concetto di *intangibles* e l'ambito operativo della disciplina dell'*intellectual property*, oltre ai meri beni immateriali tutelabili giuridicamente od il cui valore sia iscrivibile al bilancio. In via esemplificativa, le procedure aziendali non rientrano in quest'ultime categorie, ma, comunque, dovranno essere considerate ai fini del *transfer pricing*, come già più ampiamente indicato nel paragrafo dedicato alla legislazione statunitense.

Tale problematica era stata dibattuta già da prima negli Stati Uniti, tra gli altri nella causa Merck, in cui l'IRS contestava che la società Merck avrebbe dovuto essere compensata per i servizi concessi alle sue società associate nell'ambito di una struttura di gruppo mondiale complessa. La Corte Fiscale Statunitense rigetto la tesi dell'IRS sentenziando che i servizi concessi tramite una struttura

complessa non erano suscettibili di tutela giuridica e quindi non compensabili⁸⁰. La Corte precisava che l'elencazione suddetta fornita dalla *Section 482* delle *Regulations* doveva essere interpretata nel senso che ciascun bene debba avere un valore economico intrinseco e suscettibile di autonoma titolarità. Ne discendeva che una struttura organizzativa societaria predisposta per concedere servizi alle *subsidiaries* non avrebbe potuto essere considerata un autonomo bene giuridicamente tutelabile.

La pronuncia fu oggetto di contestazione in particolare dagli economisti in quanto restringeva considerevolmente la portata applicativa della *Section 482* delle *Regulations*.

Si tentò di approdare ad una differente categorizzazione più ampia che desse valorizzazione anche alle risorse umane.

In questa prospettiva si inserisce la questione della qualificazione della c.d. “*workforce in place*”⁸¹, oggetto di una delle controversie giudiziarie più significative in tema di Transfer pricing: il caso *Veritas*⁸², come meglio analizzato in precedenza⁸³.

II) La definizione di intangibles secondo la prospettiva Olandese.

Tradizionalmente nel sistema fiscale dei Paesi Bassi non è

⁸⁰ *Merck & Co., Inc. v. United States* 24 Cl. Ct. 73 (1991).

⁸¹ A. Panse, *Workforce in Place: Is It an Intangible to Pay for?*, *International Transfer Pricing Journal*, MAY/JUNE 2014, IBFD. US: TC, 10 Dec. 2009, 133 T.C. No. 14,

⁸² *Veritas Software, Inc. v. Commissioner*. ^[1]_{SEP}

⁸³ Cfr. Parte I, pag. 35.

prevista una definizione di beni immateriali, neppure sulla base di regolamenti o di prassi amministrative. Inoltre, si tende a non recepire definizioni di beni immateriali tratte da altri settori dell'ordinamento. Per questa ragione si è ritenuto utile includere il sistema olandese nell'analisi di questo profilo della ricerca, relativo alla qualificazione di un determinato elemento economico come *intangible*. In via esemplificativa, quindi, se un bene immateriale è legalmente protetto, ai fini tributari secondo il diritto olandese ciò influisce esclusivamente sul valore che ad esso può essere attribuito.

Si è generalmente ritenuto che l'individuazione della titolarità del bene immateriale e l'attribuzione dei profitti da esso generati dovesse fondarsi sulla base dell'analisi dei negozi intessuti tra le parti correlate.

A partire dal 2013 la legislazione olandese⁸⁴, però, ha in parte recepito quanto indicato nelle Actions 8, 9 and 10 del *BEPS Plan*. È stata introdotta la prescrizione per cui la titolarità giuridica del bene immateriale deve essere remunerata nel caso in cui alla fattispecie giuridica corrisponda una realtà fattuale in cui l'ente titolare è capace di svolgere funzioni economiche relative all'*intangible* e di assumersi i congrui e corrispondenti rischi.

Secondo alcuni autori, l'Amministrazione tributaria olandese già precedentemente applicava i principi ora assunti dalle nuove *Guidelines*, conseguendone che tra gli operatori non si riscontreranno rilevanti variazioni nella gestione delle controversie di *transfer*

⁸⁴ Decreto del 14 Novembre 2013 (IFZ 2013/184M) (2013 Decreto). Tale decreto sostituisce i precedenti del 30 marzo 2001 e del 21 agosto 2004 ed intende chiarire l'applicazione al diritto olandese delle linee guida dell'OCSE relative al *arm's length principle*. In detto decreto il Segretario di Stato ha espresso l'opinione che dette linee guida debbano essere recepite dal diritto tributario olandese.

*pricing*⁸⁵. Si reputa, altresì che il *know-how* detenuto dai lavoratori non possa essere considerato bene immateriale.

III) La definizione di intangibles secondo la disciplina italiana

Similarmente al diritto tributario olandese, si può legittimamente sostenere che neppure nel diritto tributario italiano sia rinvenibile una definizione di *intangibles*, né che sia consuetudine dell'Amministrazione Finanziaria ricavarla da altri settori dell'ordinamento.

Infatti, secondo parte della dottrina⁸⁶, non è possibile ricavare una definizione di bene immateriale nell'ambito della disciplina del diritto tributario italiano. Secondo alcuni autori ci si dovrebbe rifare “*per presupposizione*” alla disciplina civilistica⁸⁷. Altri, ancora, sostengono che “*non manchino spunti per ravvisare, nello stesso ordinamento tributario, un superamento della nozione tradizionale di bene immateriale*”⁸⁸. Vi è, poi, una tesi che potremmo definire “*massimalista e omnicomprensiva*”, secondo cui il sintagma bene deve essere dilatato al punto da ricomprendere entità immateriali, diritti e perfino servizi, purché presentino l'attitudine a divenire

⁸⁵ Esprimono tale opinione H. van Dam e T. Wiertsema, *Netherlands Transfer Pricing*, IBFD.

⁸⁶ S. Giorgi, “*I beni immateriali nel reddito d'impresa, tra “forma” e “sostanza”*”, *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, fasc.1, 2015, pag. 116.

⁸⁷ G. Tabet, *Il diritto di autore nella normativa tributaria*, in *Rass. trib.*, 1988, I, p. 55.

⁸⁸ A. Valentini, *Profili fiscali dei beni immateriali*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, I, p. 1409.

oggetto di un diritto assoluto o relativo⁸⁹. Sul versante opposto si colloca, invece, chi propugna una nuova nozione esclusivamente tributaria di bene immateriale che, affrancandosi dal rigorismo civilistico, consenta di individuare e, quindi, tassare le varie forme in cui si manifesta lo sfruttamento delle attività *latu sensu* immateriali⁹⁰.

In realtà, l'unica disposizione espressamente dedicata ai beni immateriali, nell'ambito della disciplina del reddito d'impresa, è l'art. 103 del Tuir, in tema di “*ammortamento dei beni immateriali*”. Tale singola disposizione per la specificità dell'ambito operativo relativo all'ammortamento dei beni opera una commistione tra principi civilistici e contabili. Tali caratteristiche ed, in particolare, la specificità dell'ambito operativo disciplinante, comportano l'impossibilità che i principi che lo caratterizzano possano assumere un valore generale che oltrepassi il limitato ambito applicativo della norma.

Sulla base di tali considerazioni, secondo alcuni autori⁹¹, quanto meno nell'ambito della disciplina del reddito di impresa, il legislatore non si è spinto sino ad elaborare un'autonoma accezione tributaria di beni immateriali, giacché non emergono “*particolari*” esigenze, né spunti sistematici per giustificare un'eventuale “*emancipazione*” fiscale.

Né può ritenersi che l'avvento degli IAS (*International Accounting Standards*) ed il principio di derivazione rafforzata

⁸⁹ M. Pierro, *Beni e servizi nel diritto tributario*, Padova, 2003, p. 55.

⁹⁰ C. Sallustio, *Commercio elettronico diretto e imposizione sui redditi. Beni digitali, beni immateriali e “dematerializzazione” dell'attività d'impresa*, Roma, 2012, p. 60

⁹¹ S. Giorgi, *idem c.s.*, pag. 116.

abbiano modificato tale prospettiva⁹².

Senza volersi inoltrare nell'ambito del dibattito relativo alle modalità di applicazioni degli Ias, si deve solo precisare che per le imprese che adottano tali principi la definizione di attività immateriale non potrà che essere quella di cui allo Ias 38, dato che i “*criteri di qualificazione concorrono alla definizione dei fatti assunti a fonte di effetti, contabili e tributari*”⁹³.

In particolare, l'attività immateriale è definita dallo Ias 38 come una risorsa non monetaria, identificabile, priva di consistenza fisica, utilizzata nell'attività produttiva o nella fornitura di beni o servizi, per essere affittata a terzi, o per fini amministrativi.

Tuttavia, per la rilevabilità e l'iscrivibilità dell'elemento occorre *un quid pluris*: si deve trattare di una risorsa identificabile, controllata dall'impresa in conseguenza di eventi passati e deve, inoltre, essere suscettibile di produrre benefici economici futuri.

Tale definizione ha il pregio dell'universalità data dall'internazionalità dei principi, ma la sua valenza è limitata a quelle società che adottano tali principi per la redazione dei rispettivi bilanci⁹⁴. Inoltre, nell'ambito del contesto internazionale, tale

⁹² L'art. 83, co. 1, del TUIR dispone che per le società OIC Adopter diverse dalle micro-imprese (art. 83, co. 1bis, del TUIR) valgono, anche in deroga alle disposizioni dei successivi articoli del TUIR, “ i criteri di qualificazione, imputazione temporale, e classificazione in bilancio previsti dai rispettivi principi contabili (cd. *Principio di derivazione rafforzata*). ”

⁹³ Zizzo, *La questione fiscale delle società IAS/IFRS*, in AA. VV., *La fiscalità delle società IAS/IFRS*, (a cura di) Zizzo, Milano, 2011, p. 16 e ss.

⁹⁴ Secondo D.Lgs. n. 38 del 2005, con gli artt. 2, 3 e 4, i soggetti interessati dall'applicazione degli IAS/IFRS sono stati individuati e definiti in tre categorie:

- società obbligate all'adozione degli IAS/IFRS;
- società per le quali l'adozione degli IAS/IFRS è facoltativa;

definizione non ritrova un riconoscimento generalizzato al di là del suo ambito applicativo, che è prettamente contabile e soltanto in misura assai limitata fiscale⁹⁵.

Si potrebbe, infine, porsi la questione se, dal punto di vista tributario, sia assumibile a tutti gli effetti tributario la definizione di *intangibles* data nella disciplina del regime agevolativo denominato “*Patent Box*”, in Italia introdotto dall’articolo 1, commi da 37 a 45, della legge 23 dicembre 2014, n. 190 e successivamente modificato dall’articolo del decreto legge 24 gennaio 2015, n. 3 e dall’articolo 1, comma 148, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (c.d. Decreto Patent Box).

L’articolo 6, comma 1, del decreto Patent Box definisce ed elenca i beni immateriali che consentono alle imprese di accedere al regime opzionale di tassazione agevolata e precisamente: “1. *L’opzione ha ad oggetto i redditi derivanti dall’utilizzo di:*

(i) Software protetto da copyright;

(ii) brevetti industriali siano essi concessi o in corso di concessione, ivi inclusi i brevetti per invenzione, ivi comprese le invenzioni biotecnologiche e i relativi certificati complementari di protezione, i brevetti per modello d’utilità, nonché i brevetti e certificati per varietà vegetali e le topografie di prodotti a

- società escluse dall’applicazione degli IAS/IFRS.

In particolare, ai sensi dell’art. 2 del predetto decreto, sono tenute ad applicare i principi contabili internazionali: - le società emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati dell’UE; - le società aventi strumenti finanziari diffusi presso il pubblico ai sensi dell’art. 116 del DLgs. febbraio 1998 n. 58 (cd. T.U.F.); - le banche e gli altri intermediari finanziari (es. SIM, SGR, istituti di moneta elettronica) sottoposti a vigilanza da parte della Banca d’Italia; - le società assicurative.

⁹⁵ Nell’ordinamento italiano ai fini la determinazione dell’imposizione fiscale diretta, plurime norme del TUIR operano un diretto riiferimento alle Classificazioni IAS.

semiconduttori;

(iii) marchi di impresa, ivi inclusi i marchi collettivi, siano essi registrati o in corso di registrazione;

(iv) disegni e modelli, giuridicamente tutelabili;

(v) informazioni aziendali ed esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali o scientifiche proteggibili come informazioni segrete, giuridicamente tutelabili.

2. Per la definizione delle suddette tipologie di beni immateriali e dei requisiti per la loro esistenza e protezione si fa riferimento alle norme nazionali, dell'Unione europea ed internazionali e a quelle contenute in regolamenti dell'Unione europea, trattati e convenzioni internazionali in materia di proprietà industriale e intellettuale applicabili nel relativo territorio di protezione.

3. Qualora, nell'ambito delle singole tipologie dei beni immateriali individuati al comma 1 del presente articolo, due o più beni appartenenti ad un medesimo soggetto siano collegati da un vincolo di complementarietà tale per cui la finalizzazione di un prodotto o di un processo sia subordinata all'uso congiunto degli stessi, tali beni immateriali costituiscono un solo bene immateriale ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente decreto”.

La questione principale è se sia necessario fare riferimento alla definizione di bene immateriale offerta dal decreto del *Patent Box* anche ai fini dell'applicazione della disciplina del *transfer pricing*.

Si comprende che la tecnica di definizione analitica di beni immateriali stabilita nell'ambito della disciplina del *Patent Box* si discosta fortemente da quella elaborata dall'Ocse con il Report Finale ai fini dell'applicazione della disciplina del *transfer pricing*.

Come, infatti, indicato nel capitolo precedente, l'Ocse fornisce una definizione generica di bene immateriale e non una categorizzazione tassativa di essi. Non solo: l'Ocse reputa che ai fini dell'applicazione della disciplina del *transfer pricing* si debbano considerare i beni immateriali a prescindere dalla loro essere suscettibili di tutela giuridica.

Se si dà uno sguardo sia legislazione olandese che italiana ci si avvede che la disciplina di questi regime non si sovrappone o interferisce con quella del *transfer pricing*.

La prospettiva che viene assunta applicando tali regimi premiali è profondamente diversa rispetto a quella che permea la disciplina del *Transfer pricing* con la conseguenza che l'ambito operativo non può essere il medesimo.

Infatti, la disciplina del *Patent Box* introduce un regime premiale che conferisce alle imprese la possibilità di godere di un regime fiscale agevolato a fronte di una valorizzazione concordata delle *Intellectual property*. Proprio perché si tratta di un regime fiscale premiale l'ambito operativo non può che essere ristretto e delimitato nella sua portata, Si comprende perciò che l'area di applicazione debba limitarsi alle *Intellectual Property*.

La disciplina del *transfer pricing* mutuata nell'ordinamento italiano dall'ordinamento internazionale ed ancor prima da quello

statunitense, come sopra esposto, non può trovare limitazioni alla sua applicazione sulla base della tutelabilità giuridica dei beni, poiché il suo scopo prevalente è regolare la ripartizione delle basi imponibili tra diverse nazioni a fronte di transazioni tra società correlate che sono dirette anche all'allocazione di profitti e di reddito imponibile verso Stati nazionali a bassa pressione fiscale.

Si ritiene, quindi, che la stessa natura e scopo della disciplina del *transfer pricing* comporti l'impossibilità di assumere *tout court* la definizione di bene immateriale fornita dal Decreto *Patent Box*.

In considerazione di ciò, bisogna valutare se si possa fare riferimento integrale alle conclusioni giunte dall'Ocse con il precitato Report Finale. Dato per assunto che attualmente una chiara e univoca definizione generale normativa di *intangibles* non si rinviene né sulla base di una comparazione transnazionale né all'interno dell'ordinamento nazionale, l'interrogativo si pone sulla possibilità di rifarsi alla *soft law*, ovvero alle nuove *Guidelines* Ocse, che introducono una propria e specifica definizione di *intangibles*, come sopra più approfonditamente analizzato.

Da un lato, si potrebbe sostenere che, poiché le Circolari n. 32 del 22 settembre 1980 e n. 42 del 12 dicembre 1981 rinviano ai dettami delle *Guidelines Ocse*, dovrebbe assumersi nel nostro ordinamento giuridico la definizione di *intangibles* ai fini dell'applicazione della disciplina del *transfer pricing*, come fatta propria nel già citato Report "*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*".

D'altro canto si potrebbe ritenere che a tal fine sia necessaria una presa di posizione da parte della nostra Amministrazione Fiscale

diretta a recepire integralmente le nuove *Guidelines*, sol piano interpretativo-operativo, come ad esempio fatto dall'Amministrazione Fiscale Olandese. Infatti le innovazioni introdotte alle precedenti *Guidelines* sono talmente incisive che il minimo riferimento e la condivisione operata nell'ambito delle Circolari citate sembra essere eccessivamente debole per giustificare un'adesione integrale del nostro ordinamento alle risultanze finali del progetto *Beps*.

A ciò si deve aggiungere che il legislatore con il c.d. “decreto internazionalizzazione” del 2015 avrebbe avuto l'occasione ed il contesto ottimale per operare tale adesione, ma ciò non è stato.

Da questo punto di vista, sarebbero auspicabili delle chiarificazioni da parte dell'Amministrazione Finanziaria Italiana che indirizzino i contribuenti rispetto alle innovazioni adottate dal progetto *Beps*.

Rimane comunque l'interrogativo fondamentale, se sia la soft law Ocse a poter offrire in via generalizzata una definizione sufficientemente “universalizzabile” di *intangibile*.

IV) Definizione di *intangibles* secondo le Guidelines Ocse

Fin dalla pubblicazione del *Discussion Draft*, l'Ocse precisava che “*In these Guidelines, the word ‘intangible’ is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset, and which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities*”.

Parte dei commentatori contestarono l'utilizzo di termini e parole generici e poco chiari, come ad esempio “*something*”, in quanto suscettibili d'interpretazioni difformi ed ambivalenti ed idonee a generare eccessive difficoltà interpretative⁹⁶.

Per quanto fu suggerito di modificare il termine sostituendolo con “*asset*” o “*property*” e nonostante le critiche mosse, l'Ocse con il Report “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*” ha mantenuto sostanzialmente la definizione di *intangibles* fornita con l'originario *Discussion Draft*, dandone un adeguata motivazione⁹⁷.

L'Ocse, quindi, riportando commenti effettuati dagli esperti del settore, esprime le difficoltà riscontrate nel tentativo di definire gli “*intangibles*” nel peculiare ambito della disciplina del *transfer pricing* motivando anticipatamente la definizione di *intangibles* fornita nel successivo paragrafo 6.6 secondo cui: “*the word “intangible” is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use*

⁹⁶ OECD *The Comments received with respect to the Discussion Draft Revision Of The Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines And Related Provisions* 29 Oct. 2012. Business and Industry Advisory Committee (BIAC) Committee on Taxation and Fiscal Affairs, p. 158. Martin Zetter ‘Intangible clarity, an elusive goal?’ (2012) 13 *Transfer Pricing International Journal* 4

⁹⁷ OECD Guidelines 2017, Capitolo 6, “*Difficulties can arise in a transfer pricing analysis as a result of definitions of the term intangible that are either too narrow or too broad. If an overly narrow definition of the term intangible is applied, either taxpayers or governments may argue that certain items fall outside the definition and may therefore be transferred or used without separate compensation, even though such use or transfer would give rise to compensation in transactions between independent enterprises. If too broad a definition is applied, either taxpayers or governments may argue that the use or transfer of an item in transactions between associated enterprises should require compensation in circumstances where no such compensation would be provided in transactions between independent enterprises*”. In merito a tale problematica M. Markham, *A Rose by Any Other Name...? The OECD'S Proposed Revised Definition of Intangibles*, INTERTAX, 2015, Volume 43, Issue 1, secondo cui: “*If an overly narrow definition of the term intangible is applied, either taxpayers or governments may argue that certain items fall outside the definition and may therefore be transferred or used without separate compensation, even though such use or transfer would give rise to compensation in transactions between independent enterprises. If too broad a definition is applied, either taxpayers or governments may argue that the use or transfer of an item in transactions between associated enterprises should require compensation in circumstances where no such compensation would be provided in transactions between independent enterprises*.”.

in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances.”.

Con il Report “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*” l’Ocse, quindi, non solo ha assunto la determinazione di introdurre una definizione di intangibles, ma, tra una prospettiva legale ed economica, ha prediletto una soluzione fattuale affermando che “*Rather than focusing on accounting or legal definitions, the thrust of a transfer pricing analysis in a case involving intangibles should be the determination of the conditions that would be agreed upon between independent parties for a comparable transaction*”⁹⁸.

Inoltre, si precisa che anche un’analisi funzionale sarà di supporto all’individuazione di quei beni immateriali che risultano rilevanti ai fini della disciplina in questione; analisi funzionale che poi

⁹⁸ In merito a tale problematica M. Markham, *A Rose by Any Other Name...? The OECD’S Proposed Revised Definition of Intangibles*, INTERTAX, 2015, Volume 43, Issue 1, secondo cui: “*If an overly narrow definition of the term intangible is applied, either taxpayers or governments may argue that certain items fall outside the definition and may therefore be transferred or used without separate compensation, even though such use or transfer would give rise to compensation in transactions between independent enterprises. If too broad a definition is applied, either taxpayers or governments may argue that the use or transfer of an item in transactions between associated enterprises should require compensation in circumstances where no such compensation would be provided in transactions between independent enterprises.*”. Ed, ancora, il concetto viene meglio precisato come segue: “*6.7 Intangibles that are important to consider for transfer pricing purposes are not always recognised as intangible assets for accounting purposes. For example, costs associated with developing intangibles internally through expenditures such as research and development and advertising are sometimes expensed rather than capitalised for accounting purposes and the intangibles resulting from such expenditures therefore are not always reflected on the balance sheet. Such intangibles may nevertheless be used to generate significant economic value and may need to be considered for transfer pricing purposes. Furthermore, the enhancement to value that may arise from the complementary nature of a collection of intangibles when exploited together is not always reflected on the balance sheet. Accordingly, whether an item should be considered to be an intangible for transfer pricing purposes under Article 9 of the OECD Model Tax Convention can be informed by its characterisation for accounting purposes, but will not be determined by such characterisation only. Furthermore, the determination that an item should be regarded as an intangible for transfer pricing purposes does not determine or follow from its characterisation for general tax purposes, as, for example, an expense or an amortisable asset.*”.

sarà utile pure nel contesto dell'analisi dell'*arm's length*⁹⁹.

Da quanto sin d'ora illustrato, si evince che la nozione di ***“intangible”*** delineata dalle nuove linee guida è autonoma e funzionale alle specifiche finalità sottese alla disciplina dei prezzi di trasferimento di cui all'art. 9 del Modello Ocse: non incide, pertanto, sull'art. 12 del medesimo Modello e, quindi, sulla nozione di *royalty* per l'uso del bene immateriale, né sull'iscrivibilità o sulla classificazione in bilancio, né è influenzata dall'esistenza di una protezione legale o contrattuale sul bene¹⁰⁰.

La considerazione che l'Ocse non si sia focalizzata né su una definizione legale né economica di *intangibles* ha portato a reazioni

⁹⁹ OECD Guidelines 2017, Capitolo 6 secondo cui: “6.12 *In a transfer pricing analysis of a matter involving intangibles, it is important to identify the relevant intangibles with specificity. The functional analysis should identify the relevant intangibles at issue, the manner in which they contribute to the creation of value in the transactions under review, the important functions performed and specific risks assumed in connection with the development, enhancement, maintenance, protection and exploitation of the intangibles and the manner in which they interact with other intangibles, with tangible assets and with business operations to create value. While it may be appropriate to aggregate intangibles for the purpose of determining arm's length conditions for the use or transfer of the intangibles in certain cases, it is not sufficient to suggest that vaguely specified or undifferentiated intangibles have an effect on arm's length prices or other conditions. A thorough functional analysis, including an analysis of the importance of identified relevant intangibles in the MNE's global business, should support the determination of arm's length conditions*”.

¹⁰⁰ Si evince con chiarezza ciò allorquando le OECD Guidelines 2017 al Capitolo 6 precisano che: “6.13 *The guidance contained in this chapter is intended to address transfer pricing matters exclusively. It is not intended to have relevance for other tax purposes. For example, the Commentary on Article 12 of the OECD Model Tax Convention contains a detailed discussion of the definition of royalties under that Article (paragraphs 8 to 19). The Article 12 definition of “royalties” is not intended to provide any guidance on whether, and if so at what price, the use or transfer of intangibles would be remunerated between independent parties. It is therefore not relevant for transfer pricing purposes. Moreover, the manner in which a transaction is characterised for transfer pricing purposes has no relevance to the question of whether a particular payment constitutes a royalty or may be subjected to withholding tax under Article 12. The concept of intangibles for transfer pricing purposes and the definition of royalties for purposes of Article 12 of the OECD Model Tax Convention are two different notions that do not need to be aligned. It may occur that a payment made between associated enterprises may be regarded as not constituting a royalty for purposes of Article 12, and nevertheless be treated for transfer pricing purposes as a payment to which the principles of this chapter may apply.*”.

diverse da parte dei commentatori¹⁰¹.

Si è contestato che non vi siano studi consistenti da parte di economisti in relazione al concetto di *intangibles* e che comunque una definizione economica debba comunque essere data nell'ambito di un parametro giuridico. Non solo, una definizione economica generica lascia incertezza negli operatori giuridici e non indirizza verso una definizione uniforme e comune a diversi stati di *intangibles*. Tra i commentatori si assiste al generale dubbio che tale presa di posizione da parte dell'Ocse possa portare ad un incremento delle contestazioni e delle cause controverse piuttosto che ad una loro diminuzione.

Alcuni commentatori auspicavano che si cercasse una definizione che potesse essere comune sia ad una prospettiva legale che economica. Tra questi, il Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) contestò che: *“an intangible should be defined as an ‘asset’ that is recognized by both legal and accounting principles as being subject to ownership, control and transferability. MEDEF remarked that an entity cannot own an intangible without owning legal protection of the intangible, and without performing functions in relation to this ownership, maintenance or management while simultaneously incurring costs in relation to the intangible”*¹⁰².

Dall'altra parte, gli economisti hanno abbracciato con più favore l'impostazione assunta dall'OCSE, generalmente concordando sul fatto che una definizione di *intangibles* ai fini dell'applicazione

¹⁰¹ OECD *The Comments received with respect to the Discussion Draft Revision Of The Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines And Related Provisions* 29 Oct. 2012, Barsalou Lawson, p. 84.

¹⁰² OECD *The Comments received with respect to the Discussion Draft Revision Of The Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines And Related Provisions* 29 Oct. 2012, MEDEF, p. 575

della disciplina del *transfer pricing* dovrebbe essere assunta dalla prassi delle transazioni tra parti indipendenti piuttosto che rifarsi a concetti legali, di bilancio o fiscali. Tra essi rileva Oddleif Torvik¹⁰³, secondo cui “*a definition of intangibles for transfer pricing purposes should solely be based on issues arising out of transfer pricing transactions within an MNE, and should not in any way be dependent on definitions applied for other purposes, such as accounting or intellectual property law which may be based on considerations other than those significant for transfer pricing purposes.*”.

Ed, ancora, si è sostenuto che: “*The Final Report provides very helpful guidance on this question. Section A clearly states that intangibles do not have to be legally protected to be valuable, and they also do not have to be recorded on the company’s balance sheet to be considered intangibles. This means that remuneration may be attributed to the value drivers in the market in question. This is, of course, the right answer from a business/economic perspective. Essentially, the value drivers in a market are almost always profit-generating,⁴ and compensation should be attributed to them regardless of whether they are legally protected intangibles or recorded on a company’s balance sheet*”¹⁰⁴.

Non solo. L’Ocse precisa che, oltre alla mancanza di tutela giuridica, neppure l’assenza di individualità ed autonomia rispetto ai altri beni trasferiti sia condizione escludente la qualifica di bene

¹⁰³ Department of Accounting, auditing and law & Norwegian Center for Taxation Norwegian School of Economics.

¹⁰⁴ Deloris R. Wright, Harry A. Keates, Justin Lewis and Lana Auten, *The BEPS Action 8 Final Report: Comments from Economists*, *International Transfer Pricing Journal*, MARCH/APRIL 2016, p. 99 e ss.;

immateriale sempre ai fini della disciplina del *transfer pricing*: “6.8 *The availability and extent of legal, contractual, or other forms of protection may affect the value of an item and the returns that should be attributed to it. The existence of such protection is not, however, a necessary condition for an item to be characterised as an intangible for transfer pricing purposes. Similarly, while some intangibles may be identified separately and transferred on a segregated basis, other intangibles may be transferred only in combination with other business assets. Therefore, separate transferability is not a necessary condition for an item to be characterised as an intangible for transfer pricing purposes*”.

Fornita una definizione generale di *intangibles*, l’Ocse prende in esame singolarmente alcune ipotesi tipiche di beni immateriali, che di seguito si esamineranno. Da tale esemplificazione, si chiarisce anche che l’apertura offerta dall’Ocse a quelle entità che non trovano una specifica tutela giuridica potrebbe essere limitata comunque a quelle suscettibili di essere in astratto tutelate, ma che per scelta dell’impresa non sono state sottoposte a un regime di tutela. Onde, si dovrebbe in parte restringere l’operato della disciplina del *transfer pricing* su *intangibles* rispetto quanto si dovrebbe supporre dalle definizioni generali.

1) “*Know-how*” e “*trade secrets*”

Il *Know-how* ed i segreti commerciali vengono definiti come “*proprietary information or knowledge that assist or improve a commercial activity, but that are not registered for protection in the manner of a patent or trademark*”, quali, cioè, conoscenze che assistono e migliorano un’attività commerciale ma che non sono stati

registrate, quali brevetti e marchi. Generalmente sono costituiti da informazioni riservate e non pubbliche di natura industriale, commerciale o scientifica che sono state acquisite con l'esperienza dell'attività d'impresa e che influiscono positivamente nel suo funzionamento. L'Ocse precisa che il valore di tali beni è influenzato dalla capacità dell'impresa di valorizzare tali beni e preservarne la riservatezza. Inoltre, evidenza come nella prassi può verificarsi che l'impresa scientemente decida di non registrare il *know-how* e, quindi, di non brevettarlo, anche solo perché i concorrenti non vengano a conoscenza dell'esistenza e delle modalità della tecnologia utilizzata. La rilevanza dell'*intangible* dovrà essere verificata in ragione degli strumenti adottati dall'impresa per preservarne la riservatezza a partire da forme di concorrenza sleale nei confronti delle imprese appartenenti al medesimo mercato, da clausole contrattuali di “*non disclosure*” con lavoratori dipendenti e da politiche volte al mantenimento della supremazia tecnologica dell'impresa stessa.

2) “Trademarks”, “trade names” e “brands”

Sono considerati “*intangibles*” il marchio aziendale, o comunque simboli, loghi od immagini utilizzati dal proprietario per distinguere i propri prodotti e servizi da quelli di altre imprese; tali beni immateriali generalmente vengono sottoposti ad un sistema di registrazione e tutela giuridica.

3) “Rights under contracts” e “government licences”

Sono da ritenersi “*intangibles*” anche i diritti acquisiti grazie a licenze e concessioni rilasciate dalle diverse Amministrazioni Statali al fine dello sfruttamento delle risorse naturali: infatti, le medesime risultano di essenziale importanza per il *business* e possono inerire a

diverse forme e natura di rapporti commerciali. L'Ocse precisa che non rientrano in tale categoria i diritti di registrazione e le obbligazioni, rispettivamente acquisiti ed assunti per poter esercitare l'attività d'impresa in una determinata giurisdizione.

4) “Goodwill” e “ongoing concern value”

L'Ocse prende in esame il “*Goodwill*” e il “*Ongoing concern value*” valutando le diverse definizioni e sfumature che a tali termini possono essere attribuite.

In relazione al contesto, il termine “*goodwill*” può essere usato per fare riferimento a diversi concetti. In via esemplificativa e non esaustiva, può riflettere la differenza tra il valore complessivo di una struttura operativa e la somma dei valori di tutti i beni materiali e immateriali separatamente identificabili. Il “*goodwill*”, riconducibile in parte al nostro concetto di avviamento, può essere descritto come una rappresentazione dei benefici economici futuri associati con un patrimonio aziendale, non identificabili e rilevabili individualmente e separatamente. In alcuni casi rappresenta l'aspettativa di commercio, in altri contesti l'avviamento è indicato come l'aspettativa di futuro sviluppo commerciale derivante dai già esistenti clienti. Il “*Ongoing concern value*” è, invece, genericamente individuato come la differenza tra il valore complessivo di una struttura operativa ed il valore dei singoli beni.

In merito ad entrambi l'Ocse precisa due aspetti fondamentali: 1) ciascuno di essi non può essere trasferito autonomamente, ma solo congiuntamente a un *asset* di beni della struttura organizzativa; 2) non rileva la sussunzione o meno dei medesimi nella categoria degli “*intangibles*”. A prescindere dalla definizione o categorizzazione di

questi ultimi, ai fini dell'applicazione del *transfer pricing* la cessione deve essere remunerata. Esemplicamene, se un'azienda nel tempo ha acquisito un buon nome per la qualità dei prodotti realizzati, di ciò si dovrà inevitabilmente tener conto nella determinazione della cessione dei diversi *assets*, seppur non sia possibile rinviare pedissequamente alle valutazioni effettuate sulla base di dati di bilancio.

Come indicato dalla dottrina di estrazione economica, la necessità di valorizzare il “*goodwill*” deriva dalla difficoltà di determinazione del valore di ciascun bene immateriale e dalla marginalità di errore insito in tale operazione¹⁰⁵.

Da tali considerazioni l'Ocse precisa che, in assenza di una definizione precisa di che cosa possa rappresentare il *goodwill*, è necessario effettuare una corretta analisi dei beni immateriali ricompresi in un trasferimento ed operare una corretta valutazione dei medesimi. Maggiore è l'accuratezza di tali operazioni, minore è l'influenza che quel *quid*, che generalmente possiamo ricondurre all'avviamento sulla determinazione del corrispettivo di una cessione di beni.

5) “Group synergies”

Per “*Group synergies*” si deve intendere il ritorno dei vantaggi derivanti da una struttura aziendale organizzata verticalmente¹⁰⁶. In via alternativa, ci si può riferire al ritorno derivante dalla capacità di struttura organizzate internazionalmente di ridurre costi o, comunque

¹⁰⁵ Deloris R. Wright, Harry A. Keates, Justin Lewis and Lana Auten, *The BEPS Action 8 Final Report: Comments from Economists*, *International Transfer Pricing Journal*, MARCH/APRIL, 2016, p. 99 e ss.

¹⁰⁶ Deloris R. Wright, Harry A. Keates, Justin Lewis and Lana Auten, *cit.*, p. 99 e ss.

di ripartirli tra larghi volumi di vendite e, in ogni caso, di ridurre i costi di produzione e di realizzazione di servizi.

Il Final Report, per quanto reputi che di tali sinergie bisogna tener conto nella determinazione dei prezzi di trasferimento, non le considera un bene immateriale. Precisamente si afferma che: *“controlled transactions and should be addressed for transfer pricing purposes as comparability factors. As they are not owned or controlled by an enterprise, they are not intangibles within the meaning of Section A.1”*.

Nell’ambito di tali valutazioni, bisogna anche considerare che in concreto strutture organizzative rilevanti possono portare anche alla dispersione delle spese, non realizzandosi quell’economia di scala che ci si dovrebbe attendere. In tali casi, le società possono sempre procedere a delle riorganizzazioni delle strutture operative ¹⁰⁷.

6) “Market specific characteristics”

Secondo l’Ocse alcune specificità del mercato di produzione o di vendita possono influire sul prezzo di beni. Per esempio, la capacità di spesa per beni di lusso delle famiglie possono influenzare i prezzi della distribuzione, come le caratteristiche del paese di produzione, anche solo per esempio meteorologiche influiscono sui costi di produzione. Tali fattori non sono di per sé da considerare beni immateriali, ma influiscono sulla determinazione dei prezzi di trasferimento¹⁰⁸.

* * *

¹⁰⁷ Deloris R. Wright, Harry A. Keates, Justin Lewis and Lana Auten, cit., p. 99 e ss.

¹⁰⁸ OCSE, *Final Report of Action 8 “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation”*, p. 73 e ss.

L'analisi sin d'ora svolta ci porta a concludere per l'impossibilità di coniugare una definizione di *intangibile* universale valevole ai fini di ogni disciplina, soprattutto di matrice tributaria.

In merito a tale aspetto, si deve concordare pienamente con l'impostazione assunta dalle OECD Guidelines 2017. La disciplina del *transfer pricing* persegue la finalità di una corretta allocazione dell'imposizione tra diversi Stati nell'ambito dei quali avviene una transazione intercompany nel tentativo di evitare l'erosione della base imponibile nei paesi ad alta fiscalità, senz'incorrere in doppia tassazione. In tale prospettiva, non può non aderirsi a un concetto di *intangibile* il più ampio possibile e comprensivo di ogni entità immateriale idonea alla produzione di un valore aggiunto per l'impresa e per la quale quest'ultima sarebbe disposta alla prestazione di un corrispettivo. Se tale definizione è sicuramente la più calzante per il perseguimento delle finalità predette, dall'altro non potrà di certo trovare applicazione per altre finalità, tra cui la disciplina della *royalty* ovvero di regimi agevolativi, quali il *Patent Box*.

Le finalità perseguite da queste discipline escludono ai fini di una loro applicazione l'adozione di un concetto ampio di *intangibile*. Né possono tenersi in considerazione le critiche mosse in relazione all'eventuale incremento di controversie relative all'applicabilità della disciplina. Infatti, ai fini dell'applicazione della disciplina in parola, a seguito dell'evoluzione del Beps, non è rilevante l'esatta identificazione del bene immateriale, ma l'esistenza ed il trasferimento di un valore aggiunto creato da una serie di entità non riconducibili a funzioni routinarie dell'impresa.

In quest'ottica si deve comprendere che la qualificazione della tipologia dell'*intangibile* trasferito avrà sempre meno rilievo, dovendosi valorizzare le funzioni svolte dalle singole parti interessate alla transazione

e l'individuazione dell'ente a cui imputare tale valore aggiunto-

A questo punto occorre riflettere sull'individuazione di un criterio adeguato di imputazione dei ricavi derivanti dall'utilizzo degli “*intangibles*”, che si ponga tra titolarità formale e sostanziale degli stessi.

Nei casi relativi alla determinazione dei prezzi di vendita dei beni immateriali costituisce un elemento cruciale la determinazione sia dell'entità giuridica, all'interno di una struttura organizzativa di multinazionali, a cui per ultima siano imputabili i ricavi derivanti dallo sfruttamento degli *intangibles*, sia di quella che dovrebbe sostenere i relativi costi, gli investimenti ed ogni ulteriore peso ai fini dello sviluppo, mantenimento e sfruttamento degli stessi.

Nel *Final Report of Action 8 “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation”*, l'Ocse, da un lato, prende atto di tali problematiche, dall'altro lato reputa che la titolarità formale dell'*intangibles*, anche se esso sia riconducibile ad un *Intellectual propriety*, non sia da sola sufficiente a giustificare la riferibilità di tutti i profitti. Quest'ultimo assunto è ancor più vero nel caso in cui l'entità titolare non abbia adeguate strutture di organizzazione e/o finanziarie al fine di espletare le funzioni predette.

In particolare, sebbene alla titolarità formale di un “*intangible*” dovrebbe essere comunque riconosciuto un ritorno economico, ovvero una profittabilità, essa dovrebbe essere riconosciuta anche ad altre entità legali del gruppo che hanno adempiuto alcune funzioni ed assunto rischi da cui ci si aspetta una maggior valorizzazione

dell'*intangible*.

L'Ocse sostiene che quei membri del Gruppo Multinazionale che sviluppano tali funzioni devono essere remunerati per il contributo fornito in base al principio dell' "*arm's length*".

Ne discende che la questione della "*ownership*" degli *intangibles* sia realmente fondamentale¹⁰⁹.

Secondo autorevole dottrina per "*ownership*" si deve intendere "*a comprehensive bundle of rights and duties over a certain property or economic good*", cioè un insieme complessivo di diritti ed obblighi inerenti ad una certa titolarità, anche economica.

Nel contesto dell'applicazione della disciplina del *transfer pricing*, il concetto di "*ownership*" non può essere limitato ai casi di titolarità formale di IP, o comunque di beni soggetti a registrazione.

La titolarità registrata di un IP rileva ai fini dell'applicazione del *transfer pricing*, poiché i diritti ad essa connessi anche di esclusione di utilizzazione a terzi non possono non influire sulla determinazione dei prezzi di trasferimento. Tali elementi non escludono il fatto che si possano anche considerare diverse forme di titolarità, tra cui quelle di tipo economico che possono essere riconducibili alla medesima entità od a diverse entità. La problematica

¹⁰⁹ M. Pankiv, -*Contemporary Application of the Arm's Length Principle in Transfer Pricing*, Online Books IBFD (accessed 22 June 2017, che dedica un intero capitolo alla questione del rapporto tra titolarità formale e sostanziale dei beni "4.2.1. Concept of legal and economic ownership In the context of transfer pricing, the notion of "ownership" corresponds to entitlement;[255] however, such a derived notion may not align with the legal notion of ownership. For transfer pricing purposes, "ownership" is split into legal and economic ownership. Both legal and economic notions of ownership are of particular importance to intangibles and such notions aim to define the level of remuneration the "owner" deserves and thus the level of profits to be allocated to such an owner. Such analysis may also vary by jurisdiction. The primary purpose of transfer pricing under the arm's length principle is to allocate economic benefits within the group appropriately and that necessitates the delineation on the conditions under which such a desired result can be achieved."

è di particolar rilievo ed è stata a fondamento di due controversie rilevanti, tra cui negli Stati Uniti il citato caso *GlaxoSmithKline*¹¹⁰.

È necessario, quindi, procedere con un'analisi delle differenze tra i diversi concetti di “ownership”.

Si fa riferimento al “*Legal ownership*” allorquando la titolarità giuridica di un *intangible* è riconosciuta mediante una registrazione di

¹¹⁰IRS, *IRS Accepts Settlement Offer in Largest Transfer Pricing Dispute*, <https://www.irs.gov/uac/irs-accepts-settlement-offer-in-largest-transfer-pricing-dispute>, 2006, “WASHINGTON — The Internal Revenue Service announced today that it has successfully resolved a transfer pricing dispute with Glaxo SmithKline Holdings (Americas) Inc. & Subsidiaries (“GSK”). This case, which is pending in the United States Tax Court, represents the largest tax dispute in the history of the Internal Revenue Service. Under the settlement agreement, GSK will pay the Internal Revenue Service approximately \$3.4 billion, and will abandon its claim seeking a refund of \$1.8 billion in overpaid income taxes, as part of an agreement to resolve the parties' long-running transfer pricing dispute for the tax years 1989 through 2005. The agreement between GSK and the IRS brings to a conclusion a dispute dating back to the 1980s and involves adjustments to GSK's tax years from 1989 through 2000. The Tax Court case concerns “transfer pricing,” an accounting method requiring that related parties engage in transactions at arm's length to ensure the proper reporting of taxable income. GSK and the IRS have also reached agreement for tax years 2001 through 2005 with respect to the transfer pricing issues arising in those years. The Tax Court dispute for years 1989-2000 involves intercompany transactions between GSK and certain of its foreign affiliates relating to various GSK “heritage” pharmaceutical products. Specifically at issue is the level of U.S. profits reported by GSK after making intercompany payments that took into account product intangibles developed by and trademarks owned by its U.K. parent, and other activities outside the U.S., and the value of GSK's marketing and other contributions in the U.S. Under the settlement agreement, GSK has conceded over 60% of the total amount put in issue by the two parties for the years pending in Tax Court. GSK's \$3.4 billion payment to the IRS (which includes interest) is the largest single payment made to the IRS to resolve a tax dispute, bringing the company current with respect to its transfer pricing of the “heritage” products through 2005. IRS Chief Counsel Donald Korb praised the extraordinary efforts of the Manhattan-based trial team handling the case in bringing about such an outstanding result for the Government. “I am often asked the question,” Mr. Korb said, “whether the Chief Counsel lawyers are being constantly outgunned by the large law firms they face in the big dollar cases in the Tax Court. During my tenure as Chief Counsel it has become quite evident to me that our lawyers can go up against the best firms the private tax bar has to offer in the Tax Court and achieve quite successful results.” “We have consistently said that transfer pricing is one of the most significant challenges for us in the area of corporate tax administration,” said Mark W. Everson, Commissioner of Internal Revenue. “The settlement of this case is an important development and sends a strong message of our resolve to continue to deal with this issue going forward.” This settlement exemplifies the IRS's continuing commitment to resolve transfer pricing disputes through responsible and innovative agreements that embody the arm's length standard for related-party transactions — or through litigation when necessary. “Transfer pricing that allocates an appropriate return to the U.S. affiliates of multinational groups is a key focus for the IRS,” said Mr. Korb. “We are pleased that GSK has chosen to put this controversy behind it. Our decision to accept GSK's settlement offer reflects our commitment to resolving transfer pricing controversies without litigation, provided that our ultimate goal of compliance is not compromised.”

fronte ad un ente pubblico o comunque trova legale protezione a prescindere dall'esistenza di un provvedimento amministrativo. Generalmente, le rispettive legislazioni possono concedere tutela giuridica ad un *intangible* a prescindere dalla sua registrazione.

Si parla di “*Contractual ownership*” in riferimento ai casi in cui l'utilizzo di *intangibles* deriva da obbligazioni contrattuali.

Tali concetti di natura prettamente giuridica si affiancano a nozioni di natura essenzialmente economica. In tale prospettiva se una entità giuridica del gruppo nel cui ambito avviene il trasferimento di un *intangible* ha fornito un contributo rilevante per la sua realizzazione, contributo che può essere sia finanziario sia di dotazione di personale, tale entità ne diviene il “titolare economico”. Nell'ambito della disciplina del *transfer pricing* tale ultimo concetto, in parte, si sovrappone con quello di “*beneficial ownership*”, di cui manca una definizione ed il cui significato presenta accezioni differenti a seconda del contesto in cui trova applicazione.

Ad esempio, nel contesto applicativo degli articoli 10, 11 e 12 del Modello di convenzione Ocse per la doppia imposizione, la locuzione predetta viene utilizzata per finalità *antiabuso*.

Ne consegue che essa non deve essere intesa secondo un'accezione restrittiva, ma piuttosto nel suo contesto ed alla luce degli scopi perseguiti dalla stipula di una Convenzione, quelli, cioè, di evitare la doppia imposizione e di prevenire l'evasione o l'elusione fiscale in ambito internazionale. Lo scopo precipuo della predetta espressione è, pertanto, quello di contrastare l'interposizione fittizia, tra il beneficiario finale dei redditi (dividendi, interessi e *royalties*) ed il relativo erogante, di un soggetto terzo, frapposto tra i due

esclusivamente al fine di utilizzare la più favorevole Convenzione bilaterale conclusa tra lo Stato della fonte e lo Stato in cui è appunto ubicato il soggetto interposto.

Tanto detto, il conseguimento di un reddito ed il rapporto di potere in termini di piena disponibilità dello stesso può instaurarsi solo tra il reddito e chi effettivamente ne beneficia. Anche in questo caso, quindi, il concetto di beneficio economico, seppur mediato dal potere di disponibilità, è dirimente ai fini dell'individuazione del beneficiario effettivo.

Nell'ambito della disciplina del *transfer pricing*, al contrario, la prospettiva si rileva completamente diversa e prevalentemente economica. Infatti, ci si riferisce al “*beneficial owner*” al fine di individuare a quale entità vada imputato il reddito in relazione alle funzioni svolte dall'entità in merito agli *intangibles*.

Ne discende che il procedimento operativo per individuare il *beneficial owner* nell'ambito del *transfer pricing* rispetto alla disciplina delle *royalties* di cui all'art. 12 del Modello Ocse per le doppie imposizioni è radicalmente diverso.

In quest'ultimo caso si deve valutare in concreto se la società che incassa il corrispettivo per le concessioni di *royalties* sia da considerarsi un intestatario fittizio, in quanto da un lato opera ritrasferendo i redditi percepiti ad un altro soggetto e dall'altro, e soprattutto, non è l'ultima destinataria dei proventi realizzati grazie allo sfruttamento degli *intangibles*.

Si tratta quindi di valutare in concreto quale sia il reale comportamento delle parti prese in considerazione e di applicare il

regime giuridico più congruo e corrispondente ad esso.

Completamente diversa è l'impostazione, invece, per applicare tale disciplina al *transfer pricing*, ove al di là dell'intestazione formale della titolarità dell'*Intellectual properties* e delle modalità di ripartizione del valore prodotto da queste ultime adottato dal gruppo multinazionale, si dovrà procedere ad una rideterminazione di tale ultima ripartizione sulla base dell'effettive funzioni svolte dalle singole entità del Gruppo.

Relativamente alla questione dell'*ownership*, l'Ocse ha precisato che l'intestazione formale giuridica dell'*intangible* è sicuramente un punto di partenza e di riferimento, ma non conferisce un diritto alla percezione dell'intero ritorno del valore aggiunto imputabile allo sfruttamento degli *intangibles*¹¹¹. Al punto 6.32 delle Guidelines, come per ultimo modificate, si precisa che: “*Although the legal owner of an intangible may receive the proceeds from exploitation of the intangible, other members of the legal owner's MNE group may have performed functions, used assets, or assumed risks that are expected to contribute to the value of the intangible.*” ed, ancora, 6.35 “*Legal rights and contractual arrangements form the starting point for any transfer pricing analysis of transactions involving intangibles. The terms of a transaction may be found in written contracts, public records such as patent or trademark registrations, or in correspondence and/or other communications among the parties. Contracts may describe the roles, responsibilities and rights of associated enterprises with respect to intangibles. They may describe which entity or entities provide funding, undertake research and development, maintain and protect intangibles, and*

perform functions necessary to exploit the intangibles, such as manufacturing, marketing and distribution. They may describe how receipts and expenses of the MNE associated with intangibles are to be allocated and may specify the form and amount of payment to all members of the group for their contributions. The prices and other conditions contained in such contracts may or may not be consistent with the arm's length principle.”.

Ma l'Ocse ribadisce che ove la titolarità legale o contrattuale dell'*intangibles* differisca dal comportamento effettivo tenuto dalle parti nella determinazione del valore delle transazioni si dovrà tener conto di quest'ultimo¹¹².

Anzi, l'Ocse ribadisce ulteriormente che, seppur, nell'ambito del processo valutativo, il primo passo consiste nella determinazione della titolarità legale e delle pattuizioni negoziali, quest'ultimi elementi non conferiscono di per sé il diritto alla remunerazione dello sfruttamento degli *intangibles*¹¹³.

L'Ocse, quindi conclude che l'identificazione della titolarità

¹¹² OECD Guideilnes 2017, Capitolo 6, secondo cui: “6.36 *Where no written terms exist, or where the facts of the case, including the conduct of the parties, differ from the written terms of any agreement between them or supplement these written terms, the actual transaction must be deduced from the facts as established, including the conduct of the parties (see Section D.1.1 of Chapter I). It is, therefore, good practice for associated enterprises to document their decisions and intentions regarding the allocation of significant rights in intangibles.*”

¹¹³ OECD Guideilnes 2017, Capitolo 6, secondo cui: e precisamente: “6.42 *While determining legal ownership and contractual arrangements is an important first step in the analysis, these determinations are separate and distinct from the question of remuneration under the arm's length principle. For transfer pricing purposes, legal ownership of intangibles, by itself, does not confer any right ultimately to retain returns derived by the MNE group from exploiting the intangible*, even though such returns may initially accrue to the legal owner as a result of its legal or contractual right to exploit the intangible. The return ultimately retained by or attributed to the legal owner depends upon the functions it performs, the assets it uses, and the risks it assumes, and upon the contributions made by other MNE group members through their functions performer, assets used, and risks assumed. For example, in the case of an internally developed intangible, if the legal owner performs no relevant functions, uses no relevant assets, and assumes no relevant risks, but acts solely as a title holding entity, the legal owner will not ultimately be entitled to any portion of the return derived by the MNE group from the exploitation of the intangible other than arm's length compensation, if any, for holding title.”.

giuridica degli *intangibles* solo in combinazione con l'identificazione e la determinazione della misura di remunerazione delle rilevanti funzioni, *assets* usati e rischi assunti dagli altri enti coinvolti nella transazione, integra un quadro analitico per la determinazione dell'*arm's lenght price*.

Ulteriori problematica inerenti al processo valutativo ineriscono al fatto che i gruppi multinazionali operano la determinazione dell'*arms's lenght* mediante un procedimento previsionale *ex ante*. Le autorità amministrative fiscali si ritrovano, invece, ad effettuare delle valutazioni *ex post*.

In realtà, proprio con riferimento ai beni immateriali non può escludersi radicalmente l'apertura a considerazioni *ex post* tramite appositi correttivi, laddove il conseguimento di “*extra profitti*” potrebbe disvelare il trasferimento dei c.d. *hidden intangibles*, rimasti nascosti, per l'appunto, ad una valutazione preventiva¹¹⁴.

Quanto sin ora esposto, evidenzia le difficoltà che si possono riscontrare nella corretta determinazione della remunerazione tra le diverse entità del gruppo delle funzioni, degli *asset* utilizzati e dei rischi assunti tenendo complessivamente conto sia delle negoziazioni assunte, della titolarità legale degli *intangibles* e del comportamento tenuto dalle parti. Tenuto conto di tutto ciò, l'Ocse precisa, al punto 6.46, che “*An important question is how to determine the appropriate arm's length remuneration to members of a group for their functions, assets, and risks within the framework established by the taxpayer's*

¹¹⁴ Schon, *International Taxation of Risk*, in *Bull. For Intern. Tax.*, 2014, p. 280 e ss.

contractual arrangements, the legal ownership of intangibles, and the conduct of the parties. Section B.2 discusses the application of the arm's length principle to situations involving intangibles. It focuses on the functions, assets and risks related to the intangibles. Unless stated otherwise, references to arm's length returns and arm's length remuneration in Section B.2 refer to anticipated (ex ante) returns and remuneration.”.

Dunque, l'Ocse dedica un'intera Sezione del Commentario allo scopo di esplicitare le **“Functions, assets, and risks related to intangibles”**. Si precisa che nella generalità dei casi potrà essere sufficiente l'applicazione dei Capi I-III delle Guidelines, ma che possono verificarsi ipotesi in cui l'analisi funzionale relativa agli *intangibles* potrebbe essere più difficoltosa. Si possono evidenziare tre casi in particolare:

i) il caso in cui i beni immateriali siano stati integralmente realizzati all'interno del Gruppo Multinazionale e poi ritrasferiti alle imprese associate ancora in fase di sviluppo;

ii) il caso in cui i beni immateriali siano stati acquisiti dal Gruppo Multinazionale, ma debbano essere oggetto di ulteriore sviluppo;

iii) il caso in cui altri aspetti, come il marketing o di produzione sono particolarmente importanti per la realizzazione e la creazione di valore.

Nel *Final Report* si precisa che, in primo luogo, uno dei punti chiave dell'analisi del *transfer pricing* include l'individuazione dei membri del gruppo che svolgano funzioni di creazione, sviluppo,

mantenimento e protezione degli *intangibles*. Tale esigenza comporta che l'attribuzione di tutti gli utili all'ente titolare giuridico degli *intangibles* presuppone che quest'ultimo svolga tutte le funzioni necessarie allo sviluppo, mantenimento, protezione e sfruttamento. In caso diverso, è necessario operare una valutazione funzionale, come evidenziata nei Cap. I-III, tenendo conto che in caso di *intangibles* le difficoltà involgono l'individuazione dei *comparables* che svolgono le medesime funzioni. In particolare, al paragrafo 6.56 si evidenziano quelle funzioni che presentano maggior rilevanza quali “*design and control of research and marketing programmes, direction of and establishing priorities for creative undertakings including determining the course of “bluesky” research, control over strategic decisions regarding intangible development programmes, and management and control of budgets*”.

Date le difficoltà di rinvenire comparabili che svolgano funzioni simili in relazione agli *intangibles*, ne consegue che in tali casi è preferibile adottare dei metodi di determinazione del valore che non facciano diretto uso dei comparabili, come il *profit shifting method* o altre tecniche di valutazione *ex ante*.

Si evidenzia, inoltre, che i membri del gruppo che utilizzano degli *asset* per lo sviluppo, la valorizzazione, la manutenzione, la protezione e lo sfruttamento di un bene immateriale dovrebbero ricevere un compenso adeguato in relazione a tali attività o funzioni.

Tali attività possono includere, senza limitazione, sia beni immateriali utilizzati nella ricerca, sviluppo o di marketing (ad esempio, il *know-how*, relazioni con i clienti, ecc.), come anche beni materiali, o di finanziamento. Si potrebbero avere casi in cui un membro di una multinazionale può finanziare le attività di sviluppo,

valorizzazione e protezione di un bene immateriale, mentre un altro membro può eseguire tutte le altre funzioni. Il finanziamento delle attività funzionali corrisponde ad un'assunzione di rischio. Naturalmente, l'assunzione di rischi è prevalentemente commisurata sia agli importi finanziati, anche in proporzione alle capacità finanziarie dei rispettivi enti, ma anche agli indici di rischio delle attività finanziate.

Ulteriore elemento di valutazione inerisce ai particolari rischi collegati alle transazioni con oggetto *intangibles*, con riferimento:

i) ai rischi relativi allo sviluppo degli *intangibles*, incluso il rischio di assumersi costi per ricerca, sviluppo ed attività di *marketing* che risultino poi non aver avuto successo, tenendo conto delle tempistiche e della durata dell'investimento (per esempio, la valutazione dell'assunzione del rischio sarà differente a seconda che un investimento venga effettuato ad uno stadio iniziale, in mezzo allo sviluppo di un processo od allorquando questo volge al termine);

ii) al rischio dell'obsolescenza del prodotto, incluse le possibilità che i *competitors* siano dotati di tecnologie maggiormente avanzate, fatti che riducono il valore degli *intangibles*;

iii) al rischio che i diritti protetti siano infranti e non riescano essere tutelati adeguatamente;

iv) all'affidabilità del prodotto;

v) ai rischi di sfruttamento degli *intangibles*¹¹⁵.

¹¹⁵ 6.66 The identity of the member or members of the group assuming risks related to the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of intangibles is an important consideration in determining prices for controlled transactions. The assumption of risk will determine which entity or entities will be responsible for the consequences if the risk

Ne discende che l'imputazione degli utili dovrà essere effettuata nei confronti di quell'entità che, anche a prescindere dalla titolarità formale o contrattuale del bene *intangibles*, finanzia o mette a disposizione gli *asset* necessari alla ricerca, sviluppo dei medesimi assumendosi i conseguenti rischi; assunzione di funzioni e rischi che andranno valutati sulla base del Capitolo I, Sezione D, delle *Guidelines*, come riformato dal *Final Report* e tenendo conto delle integrazioni fornite a proposito dal relativo Capitolo 6¹¹⁶.

materialises. The accurate delineation of the controlled transaction, based on the guidance in Section D.1 of Chapter I, may determine that the legal owner assumes risks or that, instead, other members of the group are assuming risks, and such members must be compensated for their contributions in that regard.

6.67 In determining which member or members of the group assume risks related to intangibles, the principles of Section D.1.2 of Chapter I apply. In particular, steps 1 to 5 of the process to analyse risk in a controlled transaction as laid out in paragraph 1.60 should be followed in determining which party assumes risks related to the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of intangibles.

¹¹⁶ *“6.73 Undertaking the analysis described in Section D.1 of Chapter I, as supplemented by this Chapter, should facilitate a clear assessment of legal ownership, functions, assets and risks associated with intangibles, and an accurate identification of the transactions whose prices and other conditions require determination. In general, the transactions identified by the MNE group in the relevant registrations and contracts are those whose prices and other conditions are to be determined under the arm's length principle. However, the analysis may reveal that transactions in addition to, or different from, the transactions described in the registrations and contracts actually occurred. Consistent with Section D.1 of Chapter I, the transactions (and the true terms thereof) to be analysed are those determined to have occurred consistent with the actual conduct of the parties and other relevant facts.”*

L'individuazione della transazione da analizzare.

Secondo l'OCSE, “6.86 In addition to identifying with specificity the intangibles involved in a particular transfer pricing issue, and identifying the owner of such intangibles, it is necessary to identify and properly characterise, at the beginning of any transfer pricing analysis involving intangibles, the specific controlled transactions involving intangibles.”. Sussistono, in particolare, due tipologie di transazioni nelle quali l'identificazione e l'analisi degli intangibles assume rilevanza ai fini del Transfer pricing “6.87 There are two general types of transactions where the identification and examination of intangibles will be relevant for transfer pricing purposes. These are: (i) transactions involving transfers of intangibles or rights in intangibles; and (ii) transactions involving the use of intangibles in connection with the sale of goods or the provision of services.”. In riferimento all'individuazione delle transazioni di intangibles, si deve identificare con precisione la natura degli intangibles e la tipologia di diritti su quest'ultimi trasferiti tra imprese associate. L'analisi funzionale di cui si è ampiamente parlato in precedenza può venire in aiuto in detto esame.

Tra gli elementi rilevanti di integrazione, si fa riferimento ai “*Research, development and process improvement arrangements*”, specificando che è possibile che l’ente titolare formale dell’*intangibles* conferisca a terze entità lo sviluppo dei medesimi ed altre funzioni tramite apposti negozi. In tal caso, la remunerazione prevista da tali accordi non potrà essere determinata con l’utilizzo di un *mark up* sui costi sostenuti e precisamente: “*Compensation based on a reimbursement of costs plus a modest mark-up will not reflect the anticipated value of, or the arm’s length price for, the contributions of the research team in all cases*”.

L’analisi sin qui svolta porta alle conclusioni già precedentemente anticipate. Nell’ambito della valutazione del prezzo di libera concorrenza di *intangibles*, l’identificazione dell’oggetto della transazione assume un rilievo non fondamentale, dovendosi, invece, valutare tutti gli ulteriori aspetti coinvolti nella negoziazione.

Cosicché, seppur le OECD Guidelines non ne facciano riferimento, la comparazione non è effettuata in riferimento all’oggetto trasferito, bensì alla transazione. Si accoglie l’impostazione assunta dalle Regulations statunitensi, che nel caso di *transfer pricing* con oggetto *intangibles* applicano il *Comparable Uncontrolled Transaction Method*, in cui la comparazione inerisce alla transazione e non al bene *intangible* in sé.

In questo contesto, non risulta strettamente necessario predisporre una definizione più puntuale di *intangible* rispetto a quella fornita dalle OECD GUIDELINES; definizione che

persegue pienamente le finalità per cui è disposta.

Capitolo 2. Le prestazioni di servizio intra - gruppo come regolamentate dal Capitolo 7 “*Special Considerations for Intra – Group Services*”: la rilevanza dell’individuazione dei criteri idonei a verificare la natura e l’effettività, l’utilità plurima e la duplicità della prestazione di servizi ai fini dell’individuazione di quelle soggette a remunerazione tra parti indipendenti.

In relazione alla struttura organizzativa di un gruppo multinazionale, i servizi tra società correlate potrebbero variare considerevolmente sia per tipologia di servizio fornito che per rilevanza. Ne discende che ogni struttura organizzativa societaria in relazione ai diversi fatti e circostanze rappresenta un caso a sé stante da regolamentare singolarmente con adeguati accordi e da analizzare separatamente.

In via esemplificativa, in un gruppo a struttura decentralizzata la società capogruppo potrebbe limitare la sua attività all’interno del gruppo al monitoraggio dei suoi investimenti nelle controllate nell’ambito dei poteri ad essa spettanti in quanto azionista di maggioranza.

Al contrario, in una struttura multinazionale centralizzata od integrata, il consiglio d’amministrazione potrebbe assumere importanti decisioni relative agli interessi delle controllate, e la società capogruppo potrebbe supportare la realizzazione di queste decisioni mediante l’esecuzione di attività generali ed amministrative per le controllate come, in via esemplificativa, attività di gestione finanziaria, *marketing*, gestione centralizzata degli acquisti.

Secondo le citate *Guidelines*, come modificate a seguito dell'approvazione definitiva del *report "Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation" Action 8-10 Finale Report*, vi sono due questioni rilevanti nell'ambito dell'analisi del *transfer pricing* per i servizi infragruppo.

La *prima questione* è se le prestazioni siano state effettivamente effettuate.

La *seconda questione* inerisce al corrispettivo che per detti servizi ai fini fiscali dovrebbe essere corrisposto sulla base dell'*arm's length principle*.

In riferimento alla prima questione le *Guidelines*, come aggiornate, al fine di determinare se una prestazione suscettibile di remunerazione sia stata effettivamente resa o meno e sia meritevole di un corrispettivo, introducono il *c.d. benefit test*.

In base al *c.d. benefit test*, una prestazione di servizi infragruppo è meritevole di un corrispettivo, se in circostanze analoghe, un'entità imprenditoriale sia disponibile a versare un corrispettivo per le attività da un ente esterno ovvero avrebbe realizzato tali attività al suo interno.

Se tali condizioni non sussistono, l'attività prestata da una capogruppo non dovrebbe essere considerata un servizio infragruppo secondo l'*arm's length principle*. La valutazione deve procedere secondo un'analisi dei fatti e delle circostanze, distinguendo le attività degne di remunerazione da quelle non rilevanti.

In ogni caso, l'analisi dovrà tener conto di alcune principali categorizzazioni.

Si può definire come “attività di azionista” (*shareholder activity*) quella distinta dalla definizione più ampia di “attività di amministrazione” (*stewardship activity*) utilizzata nel Rapporto 1979.

Le “attività di amministrazione” prevedono una serie di attività esercitate dall’azionista che possono includere la prestazione di servizi ad altri membri del gruppo anche forniti da un centro di coordinamento. Queste tipologie di attività, diverse quelle svolte nell’interesse dell’azionista, potrebbero comprendere l’organizzazione dettagliata dei servizi per particolari operazioni, l’amministrazione prevista per i casi di emergenza od eventuale consulenza tecnica (risoluzione di problemi - “*trouble-shooting*”) o, in alcuni casi, assistenza nell’amministrazione quotidiana,

Con il termine *Shareholder activities* si fa riferimento a servizi ed attività che la capogruppo realizza per un proprio interesse piuttosto che per un interesse delle società controllata. Queste tipologie di servizi ed attività non dovrebbero essere considerate un servizio infra-gruppo, e non dovrebbero giustificare un corrispettivo da parte degli altri membri. Invece, i costi associati alla tipologia di servizio ed attività dovrebbero essere imputati quali costi a carico dell’azionista.

In merito a queste, le *Guidelines* anche a seguito delle variazioni intervenute con l’approvazione del *Final Report “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation” Action 8-10 Finale Report*”, esprimono la medesima opinione. Al punto 7.10, le medesime indicano alcune delle attività che, non superando il “*Benefit test*”, non dovrebbero essere remunerate secondo il principio dell’*arm’s length*. Tra queste rientrano le attività che generano:

a) costi relativi alla struttura giuridica della stessa società madre, come l'organizzazione di assemblee tra azionisti della società madre, l'emissione di azioni di quest'ultima e le spese di gestione del collegio dei supervisori;

b) costi relativi agli obblighi della società madre in materia di presentazione dei rendiconti e relazioni sulle attività, inclusa la predisposizione di rendiconti consolidati;

c) costi relativi alla raccolta dei fondi necessari alla società madre per l'acquisizione di partecipazioni.

Valutata la tipologia del servizio prestato e la sua remunerabilità, ulteriore e rilevante questione riguarda la possibilità che i servizi forniti dalla capogruppo siano in realtà una duplicazione di quelli già realizzati dalle società controllate.

Sul punto, si esprimono le nuove *Guidelines* citate al punto 7.11 secondo cui non dovrebbero essere remunerate quelle prestazioni di servizio infragruppo nel caso in cui rappresentino una mera duplicazione di un servizio che il membro del gruppo realizza per sé stesso, o, comunque, viene realizzato (e remunerato) da una terza parte per il detto membro del gruppo.

Tale regola generale potrebbe essere derogata allorquando la duplicazione del servizio risulti solo temporanea, per esempio, nel caso ci sia una riorganizzazione del gruppo multinazionale tesa a centralizzare le funzioni manageriali.

Un'altra eccezione potrebbe essere rappresentata dalla circostanza in cui la duplicazione del servizio viene decisa al fine di evitare il rischio di assumere una decisione errata (il caso

esemplificativo è quello della scelta di remunerare un secondo parere legale).

Qualsivoglia valutazione della possibilità che si proceda ad una duplicazione di servizi rende indubbiamente necessario identificare la natura dei servizi in dettaglio, e le ragioni per le quali la compagnia ritiene di avere bisogno di una siffatta duplicazione di servizi.

In via esemplificativa, si può osservare che il fatto che una società realizzi servizi di *marketing* “*in house*” e versi un corrispettivo per servizi di *marketing* svolti da un'altra società del gruppo, non implica di per sé una duplicazione di servizi tale da dover escludere la remunerazione del servizio prestato dall'entità esterna, assunto che con il termine *marketing* ci si intende riferire ad una congerie di attività differenti. L'esame delle informazioni fornite dal contribuente potrebbe far constatare che i servizi infragruppo sono diversi, addizionali o complementari a quelli già svolti all'interno della società. In questi casi il *benefit test* dovrebbe essere applicato ai servizi infragruppo duplicati.

Il paragrafo 7.12 delle *Guidelines* prende in esame il caso in cui i servizi posti in essere da un membro del gruppo societario o da un centro di coordinamento di servizi a favore di alcuni membri del gruppo possano comportare vantaggi indiretti agli altri membri del gruppo.

In via esemplificativa, si potrebbero indicare servizi di analisi del vantaggio di riorganizzare il gruppo societario, o acquisire nuovi membri o porre termine all'attività di una divisione. Queste attività possono costituire servizi infragruppo per le società coinvolte nell'analisi, in quanto devono porre in essere l'acquisizione ovvero

sopprimere una divisione operativa, ma potrebbero produrre benefici economici anche per altri membri del gruppo non direttamente coinvolti nella potenziale decisione. Quest'ultimi, infatti, potrebbero beneficiare delle informazioni ricevute dall'analisi predetta ai fini della gestione della propria attività.

Tale beneficio indiretto non è sufficiente per reputare che la società stia ricevendo un servizio che necessita di remunerazione, poiché una società non correlata non sarebbe, in realtà, disponibile a pagare un corrispettivo.

Secondo il paragrafo 7.13 delle *Guidelines*, allo stesso modo, non si ritiene che un'impresa associata riceva un servizio infragruppo quando essa ottiene dei benefici occasionali imputabili soltanto all'essere parte di un'entità più ampia e non alla specifica attività svolta.

Ad esempio non vi è prestazione di servizio quando un'impresa associata, in ragione della propria affiliazione, dispone di una posizione finanziaria (*credit-rating*) più importante di quanto disporrebbe se non fosse affiliata. Tuttavia, esisterà di solito un servizio infragruppo quando la posizione finanziaria più importante è sostenuta da una garanzia prestata da un altro membro del gruppo o quando l'impresa beneficia della reputazione del gruppo derivante dal “*global marketing*” (cioè da quelle attività di *marketing* svolte da tutto il gruppo nel suo insieme) e dalle pubbliche relazioni. A tale proposito, è necessario distinguere tra associazione passiva e promozione attiva delle caratteristiche del gruppo multinazionale che ha un'influenza positiva sulle previsioni di utile di particolari membri del gruppo. Ciascun caso deve essere considerato in base agli specifici fatti e circostanze.

Le *Guidelines* al paragrafo 7.14 precisano che si devono intendere servizi infragruppo da remunerarsi quelli realizzati dalla capo gruppo per l'intero gruppo e quelli realizzati da uno o più centri servizi (quali quartieri locali), che rimangono a disposizione del gruppo o di un numero considerevole di società. In riferimento alle attività centralizzate, queste dipendono dal tipo di *business* e dall'organizzazione della struttura del gruppo, ma generalmente includono attività e/o servizi di tipo amministrativo, servizi di coordinamento, controllo di *budget*, consigli finanziari, *accounting*, *auditing*, consigli legali, factoring, servizi informatici, servizi finanziari quali la supervisione del *cash flow* e della solvenza, contratti di finanziamento, assistenza nel campo della produzione, vendita, distribuzione e *marketing*, nonché servizi di *staff*, reclutamento del personale e formazione del medesimo. I centri servizi spesso portano avanti ordini manageriali, servizi per i consumatori, *call center*, ricerca e sviluppo e attività di tutela dei beni *intangibles* per tutte le entità del gruppo.

Ulteriore problematica che trova spazio nell'ambito delle citate *Guidelines* riguarda i servizi realizzati “*on call*”. Con la locuzione “servizio *on call*” si fa riferimento ad un accordo contrattuale preventivo tra prestatore del servizio ed entità che ne usufruisce, in relazione al quale viene concordato un corrispettivo forfettario sia per la disponibilità del servizio nel caso di necessità e/o opportunità sia per la stessa prestazione richiesta di volta in volta.

La problematica concerne il fatto se la disponibilità del servizio possa giustificare una sua remunerazione basata sull'*arm's lenght* e quindi sul corrispettivo di libera concorrenza, a prescindere dal fatto che il servizio sia stato effettivamente realizzato. Secondo le stesse

Guidelines, la remunerazione dei servizi “on call” è giustificata, anche se è comunque necessaria una preventiva valutazione del servizio prestato.

Infatti, non è inusuale che società indipendenti corrispondano delle somme forfettarie per garantirsi un servizio di consulenza a richiesta. Si pensi al caso di contratti di assistenza legale fornita da studi legali esterni ovvero al caso di assistenza informatica.

Una volta stabilito che è stato prestato un servizio infragruppo si rende necessario, come per altri tipi di trasferimenti infragruppo, determinare se l'ammontare del pagamento viene stabilito sulla base del principio di libera concorrenza.

Ciò significa che il pagamento per i servizi infragruppo dovrebbe essere quello che sarebbe stato effettuato e accettato tra imprese indipendenti, in circostanze comparabili. Pertanto, ai fini fiscali, dette transazioni non devono essere trattate in maniera differente dalle transazioni comparabili tra imprese indipendenti, semplicemente perché le transazioni hanno luogo tra le imprese che sono associate.

Secondo le *Guidelines*, al fine di determinare l'ammontare addebitato in ragione dei servizi, l'amministrazione fiscale dovrà identificare gli accordi conclusi tra le imprese associate volti a facilitare l'addebito della prestazione di servizi tra loro.

Relativamente a tali accordi, gli stessi potrebbero prevedere un'imputazione dei costi sia diretta che indiretta.

Viene concordata un'imputazione diretta dei costi quando il contratto prevede una remunerazione specifica per i rispettivi servizi prestati.

Il metodo di imputazione diretta consente alle amministrazioni fiscali di identificare in maniera chiara sia il servizio fruito che la base di calcolo del pagamento: ne consegue una più facile determinazione della conformità del corrispettivo con il principio di libera concorrenza.

Il metodo di imputazione diretta è maggiormente e più facilmente utilizzato nel caso in cui servizi simili a quelli resi alle imprese associate vengano resi a imprese indipendenti. Se servizi particolari vengono resi sia alle imprese associate che alle imprese indipendenti, in circostanze comparabili e su vasta scala, si presume che il gruppo multinazionale abbia la capacità di dimostrare una distinta base di calcolo dell'addebito (ad esempio, contabilizzando il lavoro eseguito ed i costi relativi all'esecuzione di contratti con terzi). Pertanto, in questo caso, le multinazionali sono incoraggiate ad utilizzare il metodo di imputazione diretta nel corso di transazioni con le imprese associate. Resta inteso, comunque, che questo metodo non è sempre appropriato se, ad esempio, i servizi a terzi vengono resi occasionalmente o marginalmente.

In alcuni casi, il metodo di imputazione diretta dei servizi infragruppo risulta spesso di difficile applicazione pratica per i gruppi multinazionali, tanto che questi hanno messo a punto altri metodi di addebito dei servizi resi dalle società madri o dai centri di servizi del gruppo.

In tali casi, al fine di attribuire un prezzo ai servizi infragruppo, il gruppo multinazionale è solito concludere accordi che sono a) facilmente identificabili ma non basati sul metodo di imputazione diretta; oppure b) non facilmente identificabili e suscettibili di essere incorporati nella fatturazione di altri trasferimenti, suddivisi tra i membri del gruppo o, in alcuni casi, non suddivisi tra gli stessi. Talvolta, potrebbe essere necessario applicare il metodo di imputazione indiretta a causa della natura del servizio fornito.

Un esempio si ha quando la proporzione del valore dei servizi resi ad alcune società non può essere quantificata se non su una base approssimativa o presunta. Si può verificare un simile problema quando attività di vendita promozionale elaborate a livello centrale (ad esempio, in occasione di fiere internazionali, tramite inserzioni sulla stampa internazionale oppure per mezzo di altre campagne pubblicitarie centralizzate) influiscono sulla quantità di beni prodotti o venduti da un certo numero di affiliate oppure quando una registrazione o un'analisi separata delle principali attività di servizio, per ciascun beneficiario, comportano un carico di lavoro amministrativo sproporzionato rispetto alle attività in se stesse.

In queste circostanze, l'addebito si determina ripartendo, tra tutti i potenziali beneficiari, i costi che non possono essere ripartiti direttamente, ossia i costi che non possono essere specificamente imputati ai beneficiari effettivi dei vari servizi.

Al fine di conformarsi al principio di libera concorrenza il metodo di ripartizione scelto deve condurre a un risultato che sia

conforme a quello che imprese indipendenti comparabili sarebbero state disposte ad accettare ¹¹⁷.

Come per il trasferimento degli *intangibles*, le Guidelines prevedono che il pagamento dei servizi resi a un'impresa associata può essere incluso nel prezzo dovuto per altri trasferimenti.

Ad esempio, il prezzo per la concessione dei diritti di utilizzazione di un brevetto o di *know-how* può includere anche il pagamento per servizi di assistenza tecnica o servizi centralizzati forniti al concessionario, o per una consulenza relativa al *marketing* dei beni prodotti sulla base della concessione. In questi casi, l'amministrazione fiscale e i contribuenti hanno il compito di verificare che non vi siano spese aggiuntive per il servizio e che non vi sia una doppia deduzione.

Quando si utilizza un metodo di imputazione indiretta, la relazione tra costi e servizi forniti appare poco chiara e pertanto può risultare difficile valutare il beneficio ottenuto. Ciò può certamente significare che l'impresa cui viene imputato il servizio non ha collegato l'addebito dei costi sostenuti al servizio reso. Di conseguenza, il rischio di una doppia imposizione è maggiore, poiché risulterebbe più difficile determinare una deduzione per i costi sostenuti per conto dei membri del gruppo, nel caso in cui il

¹¹⁷ Cfr. OCSE, *Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali*, 7.22, 2010.

pagamento non possa essere prontamente individuato. Analoga difficoltà può sorgere per coloro che fruiscono dei servizi se non sono in grado di dimostrare di aver effettivamente goduto dei benefici derivanti dai costi sostenuti.

Le *Guidelines* a seguito delle variazioni intervenute con l'approvazione del *Final Report "Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation" Action 8-10 Finale Report* prevedono un capitolo relativo ai "*Low value-adding intra-group services*", fornendone una definizione e prevedendo un procedimento semplificato per la determinazione del corrispettivo in libera concorrenza.

Con tali modifiche si recepisce il *Discussion Draft "BEPS Action 10: Proposed Modifications to Chapter VII of the Transfer Pricing Guidelines Relating to Low Value-Adding Intra-Group Services"* (di seguito, anche "*Discussion Draft*") pubblicato sin dal 3 novembre 2014 dall'OCSE, il quale illustrava, in particolare, la necessità di adottare un approccio semplificato nella valutazione, ai fini della disciplina sui prezzi di trasferimento, dei cd. *low value-adding services* (vale a dire, servizi a basso valore aggiunto)¹¹⁸. I servizi a basso valore aggiunto sono prestati da uno o più membri di un gruppo per conto di altri membri ed hanno natura di servizi di supporto; inoltre non fanno parte del core business del gruppo, non richiedono l'uso di intangibles "*unique*" e "*valuable*" e non richiedono la gestione di rischi significativi né determinano rischi di notevole entità.

¹¹⁸ In riferimento al *Discussion Draft* citato si confronti P. Valente, "*Transfer pricing: la remunerazione dei servizi a basso valore aggiunto*", in *Il fisco* n. 8 del 2015, pag. 1-765.

Coerentemente, non possono definirsi servizi infragruppo a basso valore aggiunto quelli che fanno parte del *core business* del gruppo, i servizi di ricerca e sviluppo, i servizi di produzione e manufacturing, le attività di vendita, *marketing* e distribuzione, i servizi oggetto di transazioni finanziarie, l'estrazione o esplorazione di risorse naturali, i servizi assicurativi ed i servizi di corporate management.

In linea generale, una caratteristica rilevante del servizio infragruppo a basso valore aggiunto potrebbe essere il suo carattere cd. routinario, unitamente al fatto che non produce un rilevante valore per il prestatore o per il fruitore¹¹⁹.

Nell'ambito delle citate *Guidelines*, la sezione D.1 contiene la definizione di *low value-adding intra-group services*. La sezione D.2 predispone un metodo opzionale e semplificato per la determinazione del prezzo di libera concorrenza per i *low value-adding intra-group services*, includendovi un *benefit test* semplificato. La Sezione D.3 introduce una documentazione e le informazioni che le imprese multinazionali che adottano tale metodologia semplificata dovrebbero adottare. Infine, la Sezione D.4 individua alcune questioni in relazione all'imposizione di ritenute fiscali alla fonte sulle prestazioni di *low value-adding intra-group services*.

Concludendo, la metodologia semplificata di cui meglio si dirà *infra* riconosce che il prezzo di libera concorrenza è strettamente collegato ai costi sostenuti per la prestazione di servizi incrementati di un *mark up* ed all'individuazione dei criteri per la determinazione

¹¹⁹ P. Valente, "Transfer pricing: la remunerazione dei servizi a basso valore aggiunto", in Il fisco n. 8 del 2015, pag. 1-765.

della distribuzione dei medesimi tra le società correlate che ne traggano un qualche vantaggio.

Definizione dei “*low value-adding intra-group services*”

Ai fini della possibilità di optare per la metodologia semplificata per la determinazione del corrispettivo di libera concorrenza, per i *low value-adding intra-group services* si intendono i servizi realizzati da un membro o più di un membro di un Gruppo MNE per conto di un altro o altri membri del gruppo che abbiano natura supportativa dell'attività principale e:

- non rappresentino l'attività principale del gruppo (i.e. non creando profitto o contribuendo economicamente in maniera significativa la redditività del gruppo multinazionale);
- non richiedano l'utilizzo di *intangibles* unici e di valore e che nel loro insieme non formano un *intangible* unico e di valore;
- non comportino l'assunzione o comunque il controllo di un sostanziale e significativo rischio dal prestatore del servizio.

Le *Guidelines* specificano ulteriormente che la metodologia semplificata espressa non possa trovare applicazione nel caso in cui la società appartenente al gruppo fornisca i medesimi servizi anche a terzi, in quanto in tal caso il metodo preferibile rimane il confronto interno (CUT interno).

Le medesime indicano, altresì, in via esemplificativa, per quali tipologie di servizi si possa o non si possa optare per il regime semplificato, a prescindere dal fatto che dalle medesime sia realizzato un alto o basso profitto:

- servizi costituenti il core business del gruppo multinazionale;
- servizi di ricerca e sviluppo (includendosi lo sviluppo dei software salvo che non rientri nello scopo dei *information technology services* in 7.49 delle *Guidelines*);
- servizi relativi alla produzione e manifattura;
- attività di acquisto di materiali grezzi o comunque altri materiali che possano essere utilizzati nel processo di produzione o manifatturiero;
- attività di vendita, distribuzione e marketing;
- transazioni finanziarie;
- l'estrazione, la ricerca, o la lavorazione delle risorse naturali;
- l'assicurazione e la riassicurazione;
- servizi a favore delle alte cariche dirigenziali (differenti da quelli inerenti di supervisione dell'operato manageriale che, in realtà, sono da qualificarsi come "*low value-adding intra-group services*" secondo la definizione data dal paragrafo 7.45).

A seguire le *Guidelines* forniscono un'elencazione, in via esemplificativa, delle prestazioni di servizi per cui si può optare per la determinazione semplificata del prezzo di libera concorrenza:

- *accounting* e *auditing*, per esempio l'acquisizione e la revisione di informazioni al fine di utilizzarli per il bilancio d'esercizio, per la conservazione dei dati amministrativi, la preparazione del bilancio d'esercizio, preparazione ed assistenza in attività di controllo e verifica, la verifica dell'autenticità ed

attendibilità dei dati contabili, e l'assistenza nella preparazione dei *budget* attraverso la compilazione di dati e di acquisizione di informazioni;

- processare e gestire i conti in dare ed avere, in via esemplificativa i conti dei clienti ed il controllo del credito;

- la gestione delle risorse umane, come la gestione degli *staff* e delle assunzioni, per esempio, la selezione e l'assunzione del personale, attività di assistenza nelle procedure di licenziamento e di dismissione del personale esuberante, di formazione e sviluppo del personale, la creazione di competenze manageriali e programmi di sviluppo della carriera per i dipendenti, lo sviluppo ed il monitoraggio delle procedure per la salute del personale, per la sua sicurezza e il perseguimento di uno *standard* ambientale per i dipendenti;

- servizi di informatica allorquando non siano parte principale dell'attività del gruppo: per esempio, l'istallazione, il mantenimento e l'aggiornamento dei sistemi operativi;

- servizi legali: per esempio i servizi generali legali realizzati da una struttura interna alla società;

- servizi generali amministrativi.

Una volta individuata la tipologia di servizi che possono essere inclusi nel metodo semplificato di determinazione del prezzo in libera concorrenza, le *Guidelines*, come da ultimo modificate, individuano le modalità procedurali da eseguire.

Il passaggio iniziale nell'applicare l'approccio semplificato per i servizi a basso valore aggiunto per un gruppo multinazionale è

quello di calcolare su base annuale i costi in cui è incorso ciascun membro del gruppo nell'espletamento di ciascuna categoria di servizi. In particolare, le *Guidelines* specificano che i servizi devono essere raggruppati in gruppi creando per ciascun gruppo un conto specifico. Non dovranno essere ricompresi quei servizi che un membro del gruppo realizza in funzione di un suo esclusivo giovamento ed i costi c.d. *pass-throught*.

Il terzo passaggio nel procedimento semplificato di determinazione del corrispettivo di libera concorrenza per la determinazione dei servizi a basso valore aggiunto è l'allocazione dei predetti costi tra i membri del gruppo. Il contribuente dovrà applicare dei criteri per tale allocazione che rispettino i principati indicati dalle stesse *Guidelines*. L'utilizzo del criterio appropriato per tale allocazione dipende dalla natura dei servizi prestati. Ne consegue che i servizi appartenenti al medesimo gruppo dovranno essere remunerati secondo il medesimo criterio, che dovrà tener conto dell'entità del beneficio prestato a favore dell'ente che ne usufruisce. Come principio generale, il criterio di allocazione dovrebbe riflettere le necessità sottostanti per la prestazione di quel determinato servizio.

Nella determinazione del corrispettivo di libera concorrenza per i servizi a basso valore aggiunto, l'impresa del gruppo multinazionale che provvede alla prestazione dei servizi dovrebbe applicare un *mark-up* di profitto sui costi sostenuti nell'ambito di un determinato gruppo con l'eccezione di ogni costo *pass-through*, come determinati dai paragrafi dal 2.93 al 7.34. Il *mark-up* dovrebbe essere equivalente al 5% dei costi rilevanti come determinati nella Sezione D.2.2. Questo tipo di *mark up* non deve trovare una giustificazione sulla base di uno studio di *benchmarking*.

Le linee Guida Ocse relative ai servizi a basso valore aggiunto, in realtà, seguono l'iniziativa già intrapresa da parte della Commissione Europea ed in particolar riferimento all'*European Joint Transfer Pricing Forum (JTPF)*, nel documento intitolato "*Guidelines on low value adding intra-group services*" (consultabile al sito)¹²⁰, ha posto la sua attenzione sul trattamento di quei servizi che nella pratica possono essere considerati come "*the glue that holds the corporate structure together to support its main functions*" o "*of an administrative nature, auxiliary to the business of the recipient*". In sostanza, trattasi di quei servizi che hanno natura routinaria ovvero non generano valore aggiunto per i soggetti coinvolti. Il concetto di valore aggiunto deve essere interpretato in relazione alla natura dei servizi resi, al fornitore e al beneficiario. La tipologia dei servizi risulta simile a quella prevista dalle Guidelines Ocse, poiché vi rientrano: *information technology, human resources; marketing services; legal services; accounting and administration services; technical services; quality control*. Secondo le Guidelines Jtpf, per questa tipologia di servizi, è prevista l'applicazione di un mark-up (cioè la differenza tra il costo di un bene o servizio e il suo prezzo di vendita) contenuto, compreso in un *range* del 3-10%, ma solitamente vicino a una percentuale del 5%. L'individuazione di tali valori non consente di escludere a priori l'applicazione di percentuali più elevate qualora queste siano giustificate dal caso di specie. In ogni caso, nella determinazione della percentuale di mark – up, le Guidelines del Jtpf si avvicinano a quelle dell'Ocse. Viene richiesta da parte del

¹²⁰ Cfr. COM(2011) 16 final, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the EUROPEAN Economic and Social Committee on the work of the EU Joint Transfer Pricing Forum in the period April 2009 to June 2010 and related proposals* 1. *Guidelines on low value adding intra-group services* and 2. *Potential approaches tonon-EU triangular cases*, 25 gennaio 2011.

contribuente la predisposizione della documentazione a supporto dei servizi resi/ricevuti in coerenza con i principi espressi dall'Ocse nelle *Transfer Pricing Guidelines* (cfr. capitolo V) in tema di documentazione relativa ai prezzi di trasferimento.

Secondo il Jtpf, un adeguato set documentale dovrebbe includere le seguenti informazioni:

- *service agreements*;
- una riconciliazione della *transfer pricing* policy adottata con i servizi resi a livello centralizzato;
- descrizione dei servizi resi e delle società beneficiarie;
- dettagli dei benefici o dei benefici attesi dalle società recipient. A tale riguardo per alcune tipologie di servizi occorre considerare che il beneficio è auto-evidente; in altre circostanze occorre considerare che non tutti i servizi si traducono in un vantaggio immediato per il beneficiario;
- descrizione della struttura attraverso la quale i servizi sono resi: è questo il caso in cui i servizi sono resi della capogruppo o da altre società del gruppo o ancora da un centro servizi;
- descrizione delle modalità di determinazione della remunerazione (ovvero descrizione della metodologia applicata) *at arm's length*;
- modalità di determinazione del *cost pool*;
- descrizione delle *allocation keys* utilizzate (nel caso in cui si sia fatto ricorso a modalità di imputazione indiretta);
- verifica del rispetto dell'*arm's length principle* in relazione al *mark-up* applicato o in alternativa giustificazione sulla mancata applicazione del plus;

- modalità di fatturazione, termini di pagamento, aggiustamenti derivanti dal confronto tra consuntivo e budget;
- modalità di prestazione dei servizi in presenza di operazioni straordinarie (M&A);
- trattamento dei servizi "on call".

In questo modo l'Amministrazione finanziaria dovrebbe essere in grado di verificare il criterio di determinazione del compenso per i servizi contenuti nel *service agreement*, il vantaggio ottenuto dalla società beneficiaria del servizio, la congruità del corrispettivo e l'effettività dei servizi.

In merito alla documentazione richiesta, invece, le *OECD Guidelines* 2017, come per ultimo modificate, precisano le informazioni che debbono essere inserite fornite dal gruppo multinazionale in termini di natura delle prestazioni, vantaggi conseguibili dalle stesse e beneficiari di tali vantaggi¹²¹.

¹²¹ OECD Guidelines Capitolo VII, secondo cui: : “7.64 An MNE group electing for application of this simplified methodology shall prepare the following information and documentation and make it available upon request to the tax administration of any entity within the group either making or receiving a payment for low value-adding intra-group services. A description of the categories of low value-adding intra-group services provided; the identity of the beneficiaries; the reasons justifying that each category of services constitute low value-adding intra-group services within the definition set out in Section D.1; the rationale for the provision of services within the context of the business of the MNE; a description of the benefits or expected benefits of each category of services; a description of the selected allocation keys and the reasons justifying that such allocation keys produce outcomes that reasonably reflect the benefits received, and confirmation of the mark-up applied; written contracts or agreements for the provision of services and any modifications to those contracts and agreements reflecting the agreement of the various members of the group to be bound by the allocation rules of this section. Such written contracts or agreements could take the form of a contemporaneous document identifying the entities involved, the nature of the services, and the terms and conditions under which the services are provided; documentation and calculations showing the determination of the cost pool as described in Section D.2.2, and of the mark-up applied thereon, in particular a detailed listing of

Le indicazioni dell'OCSE e del *Joint Transfer Pricing Forum* in tema di servizi a basso valore aggiunto risultano essere di estrema rilevanza sia per i contribuenti, agevolati negli adempimenti documentali, sia per le Amministrazioni finanziarie, agevolate nella verifica di tali transazioni¹²².

Pertanto, si potrebbe ben sostenere che la previsione di un procedimento semplificato per la determinazione del corrispettivo in libera concorrenza può essere ricondotta ai *c.d safe harbour*, di cui si tratterà in seguito nella Parte V, Capitolo 1.

all categories and amounts of relevant costs, including costs of any services provided solely to one group member; Calculations showing the application of the specified allocation keys.”.

¹²² P. Valente, “Transfer pricing: la remunerazione dei servizi a basso valore aggiunto”, in *Il fisco* n. 8 del 2015, pag. 1-765.

Capitolo 3. I Cost Contribution Arrangements: La revisione del Capitolo VIII delle Transfer Pricing Guidelines.

I *Cost Contribution Arrangements* (CCAs), definiti anche accordi di ripartizione dei costi, sono accordi-quadro tra imprese commerciali per ripartire i costi ed i rischi di sviluppo, produzione o ottenimento di beni, servizi o diritti, e per determinare la natura e la portata degli interessi di ciascun partecipante a quei beni, servizi o diritti¹²³.

I) I *Cost Contribution Arrangements* (CCAs) nella legislazione statunitense

La legislazione statunitense ha permesso l'utilizzo degli accordi di ripartizione dei costi di sviluppo e ricerca sin dalle prime pubblicazioni delle *Regulations* sul *transfer pricing* nel 1968.

In particolare, l'IRS già nel 1995 procedette all'emanazione di una regolamentazione onnicomprensiva definitoria dei CCA. Sulla base di tali regolamentazioni, l'elemento maggiormente discusso ineriva alla determinazione dell'appropriato corrispettivo, inteso come l'ammontare corrisposto per la messa a disposizione da parte di una parte contrattuale di *intangibles* preesistenti.

Secondo tali regolamentazioni il corrispettivo di libera concorrenza per l'uso di preesistenti *intangibles* in un CSA si dovrebbe determinare sulla base delle *Regulations* americane sezione 1.482-1 e 1.482-4 attraverso 1.482-6. Tali metodi furono poi

¹²³ Secondo le *regulations* del 2011, un CSA “is an arrangement under which the parties, referred to as controlled participants, share the costs and risks of developing cost-shared intangibles in proportion to their RAB shares (Treas. Reg. § 1.482-7(b)).”.

incorporati nelle nuove *Regulations*, che furono proposte nel 2005 e finalizzate nel 2011¹²⁴.

Le nuove regolamentazioni sono applicabili per i nuovi accordi sottoscritti dopo il 5 gennaio 2009, mentre gli antecedenti permangono e sono governati dalla *Regulations* del 1995. Le *Final Regulations* al paragrafo 1.482.7 aderiscono ad una metodologia fondata sull'“*Aggregation Approach*”, in base al quale ciascun apporto da parte delle entità coinvolte nel CCA deve essere valutato nel complesso e non separatamente rispetto agli altri. Permane il rinvio nella determinazione delle metodologie di determinazione del prezzo di libera concorrenza esposte nei precedenti paragrafi, salvo per quanto indicato in via derogativa dal paragrafo in esame.

I CCA sono essenzialmente caratterizzati da due aspetti. In primo luogo il “*Buy in payment*”, che rappresenta il pagamento che normalmente viene effettuato dall'entità che entrando in un accordo si giova di quei *intangibles* forniti dalle altre entità¹²⁵. Le *Regulations*

¹²⁴ Le U.S. regulations trattano dei CCA al paragrafo 1.482-7; Rezan Okten, *A Comparative Study of Cost Contribution Arrangements: Is Active Involvement Required To Share in the Benefits of Jointly Developed Intangible Property?*, *International Transfer Pricing Journal* January/February 2013, p. 3 ss., secondo cui: “According to the IRS Final Regulations, an arrangement can be characterized as a CSA if, and only if: substantive requirements are met, namely: participants must commit to and engage in cost-sharing transactions; participants must commit to and engage in platform contributions transactions; and each controlled participant must receive non-overlapping divisional interests; administrative requirements as provided by the IRS Final Regulations are met; the controlled participants enter into a platform contribution transaction as from the earliest date on or after the CSA is concluded; and divisional interests are properly allocated to the participants, which means that each controlled participant receives a non-overlapping interest in the cost-shared intangibles without further obligation to compensate another controlled participant for such interest. The IRS Final Regulations use two common criteria in dealing with divisional interests: territorial-based divisional interests; and field of use-based divisional interests.”.

¹²⁵ Le *Regulations* si soffermano considerevolmente nell'analisi della valutazione dei benefici apportati dalle entità, sia in termini di loro valutazione (see paragraph (e)(2)(ii) of this section), sia in termini di proiezione dei benefici stimati: U.S. Regulations § 1.482-7 (e) Reasonably anticipated benefits share—(1) Definition—(i) In general. A controlled participant's share of

introducono il c.d. *(1)RAB share method*, secondo cui il corrispettivo a fronte dei costi sostenuti dall'entità che condivide gli *intangibles* dalla medesima sostenuti. In tal caso, tale corrispettivo dovrebbe essere commisurato al vantaggio che presumibilmente può conseguirsi dall'entrare nell'accordo.

Ulteriore elemento caratterizzante è il “*follow-up cost-sharing mechanism*”, in base al quale vengono ripartite tra le diverse entità i costi da sostenersi per lo sviluppo degli *intangibles*. Ulteriore aspetto che risulta rilevante nelle innovate *Regulations* riguarda il c.d. “*investor model*”, secondo cui ciascun partecipante ad un CCA dovrebbe guadagnare un rendimento in linea con il profilo di rischio associato alla vita utile dell'*intangible* stesso.

Al fine di determinare il valore degli apporti effettuati da ciascuna entità rispetto al CCA viene data rilevanza all' “*Income method regulation*”, secondo cui si valuta quanto un'entità comparabile dovrebbe corrispondere per aderire ad un accordo di natura equivalente. Tale metodologia viene particolarmente consigliata nel caso in cui vi sia nell'ambito dell'accordo un'entità che apporti contributi non routinari.

II) Il *Final Report* dell'Action 8 “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*”

reasonably anticipated benefits is equal to its reasonably anticipated benefits divided by the sum of the reasonably anticipated benefits, as defined in paragraph (j)(1)(i) of this section, of all the controlled participants. RAB shares must be updated to account for changes in economic conditions, the business operations and practices of the participants, and the ongoing development of intangibles under the CSA. For purposes of determining RAB shares at any given time, reasonably anticipated benefits must be estimated over the entire period, past and future, of exploitation of the cost shared intangibles, and must reflect appropriate updates to take into account the most reliable data regarding past and projected future results available at such time. RAB shares determined for a particular purpose shall not be further updated for that purpose based on information not available at the time that determination needed to be made.

Questo valorizza e dà rilievo a tali accordi dedicandovi maggior attenzione rispetto alle antecedenti *Guidelines*.

Innanzitutto, le *Guidelines* così aggiornate specificano la natura giuridica contrattuale di tali accordi, non idonei a costituire un autonomo ente giuridico. Infatti, i partecipanti all'accordo non espletano in comune un'attività d'impresa che sfrutti i risultati della ricerca effettuata. Ciascuno di essi trae autonomo giovamento dalla ricerca o dai servizi congiuntamente espletati nell'ambito della propria attività d'impresa¹²⁶.

Sulla base di tali caratteristiche, le *OECD Guidelines 2017* concludono che gli accordi di ripartizione dei costi non differiscono alquanto rispetto ad una transazione tra enti correlati avente ad oggetto *intangibles* o servizi con la conseguenza che sarà necessaria una generale analisi funzionale, come dalle medesime delineata.

Non si trascurano, però, alcune differenze che necessitano di un'attenzione particolare e delle correzioni all'analisi funzionale .

In particolare, si evidenzia che la stipulazione di un accordo di ripartizione dei costi può reputarsi vantaggioso in quanto teso a ridurre le transazioni ed i pagamenti che potrebbero essere necessari tra parti correlate mediante vantaggi reciproci compensativi.

Le *OECD Guidelines 2017* precisano che gli accordi di ripartizione dei costi si ripartiscono in due categorie: gli accordi convenuti per lo sviluppo, la produzione e la realizzazione di beni

¹²⁶ OCSE, *Final Report dell'Action 8 "Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation"*, punto 8.3: "Rather, CCA participants may exploit their interest in the outcomes of a CCA through their individual businesses. The transfer pricing issues focus on the commercial or financial relations between the participants and the contributions made by the participants that create the opportunities to achieve those outcomes".

materiali od immateriali (cd. “*development CCAs*”); e quelli per la realizzazione di servizi (c.d. “*service CCAs*”).

Una delle principali differenze dettate dalla diversa natura dell’oggetto delle prestazioni dedotte rispettivamente nei contratti, inerisce al fatto che nel primo accordo per la realizzazione di *intangibles* il contributo fornito da ciascuna entità potrebbe arrecare un vantaggio in un futuro, mentre, generalmente, alla realizzazione di prestazioni di servizi consegue un beneficio a tutti i partecipanti certo e presente.

Relativamente ai “*development CCAs*”, anche se la titolarità formale degli *intangibles* venga attribuita ad una delle entità partecipanti, la titolarità economica, sempre in proporzione agli apporti inizialmente effettuati, sarà attribuita anche a tutte le altre entità senza che debba giustificarsi l’utilizzo con il pagamento di *royalties* nei confronti di quella che preserva la titolarità giuridica.

Le *Guidelines* precisano, innanzitutto, che ci deve essere una proporzionalità tra quanto investito da una entità rispetto ai benefici che ne riceva. Tale proporzionalità non può essere derogata. Se una entità intende sfruttare la quota di partecipazione di un'altra entità deve corrispondere una *royalty*¹²⁷.

La regola di proporzionalità deve essere sempre rispettata. Ne discende che se un’entità partecipante all’accordo apporta un contributo senza ricevere alcun beneficio, dovrà essere compensata del contributo prestatato secondo il principio di libera concorrenza. Ugualmente deve reputarsi per quella parte contrattuale che non ha

¹²⁷ OCSE, *Linee Guida dell’OCSE sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali*, luglio 2010.

finanziariamente la possibilità di assumersi il rischio relativo: tale parte contrattuale non dovrà essere considerata come tale secondo il principio caro alle *Guidelines* aggiornate della prevalenza della sostanza rispetto alla forma contrattuale. Nel caso in cui una delle entità partecipanti devolva ad un terzo esterno le attività che il medesimo fosse obbligato a svolgere, la medesima si intenderà ancora parte contrattuale, ma dovrà remunerare la parte terza, secondo il principio di libera concorrenza.

Il principio di libera concorrenza informa gli accordi di ripartizione dei costi con la conseguenza che la proporzionalità tra apporto dato dai partecipanti e benefici conseguiti debba essere analizzato secondo tale principio e con i criteri dettati dalle stesse.

Innanzitutto, si necessiterà procedere con la distinzione tra apporti preesistenti o meno, quali potrebbero essere beni *intangibles* di titolarità di una parte contrattuale apportati, affinché vengano maggiormente sviluppati.

I CCA hanno rilievo anche nella legislazione del *Patent Box* italiano. In merito si esprime la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 11/E/2016 in merito alle particolari modalità di calcolo del *nexus ratio*.

In particolare, in base all'art. 9, comma 3, romanino (ii) del Decreto attuativo, già citato, tra i costi "*qualificati*", da includere in misura piena al numeratore del rapporto, rientrano anche i costi afferenti alle attività di ricerca e sviluppo sostenuti (direttamente) dal beneficiario di un accordo per la ripartizione dei costi, almeno fino a concorrenza dei proventi costituiti dal riaddebito dei costi di cui al comma 2 del citato articolo.

Nell'ambito del regime del *Patent Box*, la seconda tipologia di accordo assume particolare rilevanza ed ha come risultato l'acquisizione di quote di diritti connessi al bene prodotto. La regolamentazione segue le indicazioni come sopra esposte delle stesse *Guidelines* e, quindi, il contributo di ciascun partecipante sarà predeterminato sulla base del principio della libera concorrenza, ossia in modo coerente con il contributo che verrebbe fornito da imprese indipendenti in circostanze comparabili, tenuto conto dei benefici che ritengono di poter ritrarre dall'accordo stesso.

Viene confermato che se un'impresa sostiene spese per importo superiore alla quota dei benefici complessivi che ottiene dall'accordo, ad essa deve essere riconosciuto (dalle altre consociate) un *balancing payment* in grado di rendere il contributo (nuovamente) conforme al principio dell' *arm's length*. In una situazione simile, benché la spesa "*in eccesso*" gravi sulle imprese che corrispondono il *balancing payment*, la relativa attività di ricerca e sviluppo viene svolta dall'impresa che lo riceve; ebbene, tale circostanza ha una precisa traduzione nell'ambito della disciplina del *Patent Box*, ove si stabilisce che, in caso di riaddebito delle spese per ricerca e sviluppo, i relativi costi importano nella misura del 100% al numeratore del *nexus ratio* e fino a concorrenza del provento da riaddebito per l'impresa che riceve il *balancing payment*.

Questa interpretazione è confermata dalla circolare n. 11/E/2016, che afferma che "*sono riconosciuti qualificati, nel rapporto 'nexus', i costi sostenuti dal soggetto che ha svolto l'attività sostanziale di ricerca*".

Ancora, l'Agenzia delle entrate chiarisce che la società che sostiene direttamente la spesa per ricerca e sviluppo in eccesso,

ricevendo in contropartita un provento da riaddebito sotto forma di *balancing payment*, rileva detta spesa per intero al numeratore del proprio *nexus ratio*, mentre per la società su cui tale costo viene fatto gravare detta spesa rileva solo al denominatore nell'ambito dei costi complessivi ed al numeratore solo in termini di eventuale up-lift, trattandosi di costo *Intercompany*.

Tali conclusioni, da un lato, si pongono in conformità con il disposto dell'art. 1, comma 41, della Legge n. 190/2014 (Legge di stabilità 2015) e, dall'altro lato, stabiliscono che l'agevolazione spetti ai soggetti che svolgono, direttamente o mediante contratti di ricerca stipulati con soggetti esterni al gruppo, l'attività di ricerca e sviluppo; la norma nazionale, a propria volta, non fa che recepire il principio della *substantial activity* dell'OCSE.

La circolare assume, poi, i contributi dei singoli aderenti al CCA al valore di costo, così contrastando parzialmente le indicazioni provenienti dall'OCSE. I *Final Reports* degli *Action Plans 8-10* ritengono, infatti, preferibile che i contributi vengano misurati a valore di mercato, anziché al costo.

Ulteriore questione che si è posta riguarda le conseguenze che possano aversi, ai fini dell'agevolazione del *Patent Box*, nel caso in cui nuove imprese aderiscano ad un *development CCA*, oppure imprese già aderenti decidano di recedere dall'accordo.

Nel primo caso, l'impresa entrante effettua tipicamente un *buy-in payment*, per compensare le imprese già partecipanti per l'attività di ricerca e sviluppo da esse svolta, dei cui risultati anche essa potrà beneficiare: stando ai principi esposti in precedenza, i relativi costi potranno essere inclusi nel numeratore del *nexus ratio* non

dell'impresa entrante, ma delle consociate che hanno svolto l'attività e che si vedranno corrispondere una somma di denaro quale "*remunerazione*".

Analogamente, in caso di fuoriuscita di un'impresa dall'accordo, a questa dovrebbe essere riconosciuto un *buy-out payment* per l'attività di ricerca e sviluppo svolta, dei cui benefici essa non potrà più fruire: in coerenza con il requisito della *substantial activity*, le spese dovrebbero essere incluse nel numeratore del *nexus ratio* dell'impresa uscente, alla quale viene riconosciuto un provento da riaddebito per le spese.

PARTE III

LE METODOLOGIE DI DETERMINAZIONE DEL CORRISPETTIVO DI LIBERA CONCORRENZA.

Capitolo 1. Le metodologie di determinazione del corrispettivo di libera concorrenza alla luce delle novità introdotte dall'attuazione delle Action 8-10.

L'analisi del *transfer pricing* si fonda sull'individuazione di un metodo per la determinazione del prezzo in libera concorrenza oppure sull'individuazione di una pluralità di metodi utilizzati congiuntamente. Come già esposto, sin dal 1968 le Regulations statunitensi hanno specificato i metodi da usare per l'analisi di transfer pricing e negli anni questi metodi si sono peculiarmente sviluppati. In particolare, le Regulations all'art. 482 introducono il c.d. “*Best Method Rule (U.S.)*”¹²⁸, mentre l'Oecd si riferisce al “*Most Appropriate Method Rule*”. Nel tempo si è sviluppata la convinzione che non sussista un metodo preferibile per eccellenza, ma dipenda considerevolmente dalle circostanze del caso e che la selezione del metodo dipenda considerevolmente anche dalla possibilità di individuazione di comparabili.

¹²⁸ IRS, Regulations 482 – p. 2 in http://www.ustransferpricing.com/26CFR_1_482_complete.pdf “Transaction must be determined under the method that, under the facts and circumstances, provides the most reliable measure of an arm's length result. Thus, there is no strict priority of methods, and no method will invariably be considered to be more reliable than others. An arm's length result may be determined under any method without establishing the inapplicability of another method, but if another method subsequently is shown to produce a more reliable measure of an arm's length result, such other method must be used. Similarly, if two or more applications of a single method provide inconsistent results, the arm's length result must be determined under the application that, under the facts and circumstances, provides the most reliable measure of an arm's length result. See § 1.482–8 for examples of the application of the best method rule. See § 1.482–7 for the applicable method in the case of a qualified cost sharing arrangement.”.

Le Regulations statunitensi indicano una chiara preferenza per il “*comparable uncontrolled pricemethod*” (“CUP”) in riferimento al trasferimento di beni mobili, invece per i beni intangibile il “*comparable uncontrolled transaction*” (“CUT”) e per i servizi il “*Comparable Uncontrolled Service Price*” (“CUSP”), sempreché siano disponibili comparabili affidabili¹²⁹. Come, già in precedenza discusso, poi, sia i contribuenti che le Amministrazioni fiscali attualmente tendono a dare preferenza al *Profit Split Method* od al *Residual Profit Split*. Sia le *Regulations statunitensi* che l’OECD specificano che l’utilizzo di tale metodo risulta più controverso per il fatto che implica la conoscenza di un numero elevato di informazioni; tale ultima ragione comporta che tali metodi siano utilizzati prevalentemente nell’ambito degli Apa.

Nell’ordinamento giuridico italiano, per esempio, il *Residual profit split* ha incontrato molto successo negli accordi che si stanno intessendo ai fini del Patent Box. Ulteriore problematica generale inerisce alla possibilità di utilizzare due metodi congiuntamente. Ciò, viene generalmente riconosciuto, nel caso in cui l’utilizzo di un unico metodo non porti a risultati attendibili; l’utilizzo è comunque da prevedere sempre in via residuale.

Il concetto di “*Most Appropriate method*” è stato introdotto dalle Guidelines nella revisione effettuata nel 2010.

Le OECD Guidelines, al capitolo VI, affrontano in modo specifico la complessa questione relativa alla selezione del metodo più attendibile al fine di determinare il contributo economico legato alla cessione/sfruttamento di beni immateriali. In particolare, l’OCSE

¹²⁹ Si veda il Treasury Regulations alla Sezione 1.-482-3 .

chiarisce come la selezione del metodo di valutazione, anche nel contesto in questione, non possa prescindere dalle logiche e priorità definite nelle sezioni di carattere generale delle medesime OECD Guidelines, né possa essere rimessa ad un'arbitraria scelta del contribuente.

Le raccomandazioni di cui al capitolo VI, come aggiornate nell'ambito dell'Action Plan 8) forniscono un supporto interpretativo ai principi generali di selezione del metodo previsti, avuto riguardo a situazioni in cui sono coinvolti beni immateriali, piuttosto che elaborare indicazioni *ad hoc* sul tema.

Coerentemente, le OECD Guidelines chiariscono innanzitutto che, ricorrendone i presupposti, ciascuno dei 5 metodi individuati dall'OCSE potrebbe essere in astratto il più attendibile, anche in presenza di valutazioni che riguardino intangibles. In particolare si esprimono in questi termini “6.136 *Depending on the specific facts, any of the five OECD transfer pricing methods described in Chapter II might constitute the most appropriate transfer pricing method to the circumstances of the case where the transaction involves a controlled transfer of one or more intangibles. The use of other alternatives may also be appropriate*”.

Il capitolo VI prosegue, tuttavia, osservando come, in applicazione dei criteri generali di selezione del metodo difficilmente alcuni metodi c.d. “*one side*” possano rilevarsi attendibili¹³⁰.

¹³⁰ OECD Guidelines 2017, Capitolo 6, “6.139 *Where information regarding reliable comparable uncontrolled transactions cannot be identified, the arm's length principle requires use of another method to determine the price that uncontrolled parties would have agreed under comparable circumstances. In making such determinations, it is important to consider:* • *The functions, assets and risks of the respective parties to the transaction.* • *The business reasons for engaging in the transaction.* • *The perspectives of and options realistically available to each of the parties to the transaction.* • *The competitive advantages conferred by the intangibles including*

Nello specifico, sono di norma sconsigliati il *Resale Price Method* (“RPM”) ed il *Transactional Net Margin Method* (“TNMM”). Anche l’applicazione dei metodi basati sui costi, quali il *Cost plus method* (“CPM”), è generalmente sconsigliata, a meno che non sia destinata a valutare beni immateriali di minor rilevanza (definiti quali non “unique and valuable”).

L’Ocse individua pertanto nel *Comparable Uncontrolled Price Method* (“CUP”) e nel *Transactional Profit Split method* (“TPS”) i metodi generalmente più affidabili per valutare il contributo derivante dallo sfruttamento di intangibile.

Al pari, si chiarisce come non possono considerarsi applicabili, in nessun caso, regole forfettarie, quali le c.d. “*rule of thumb*”.

especially the relative profitability of products and services or potential products and services related to the intangibles. • The expected future economic benefits from the transaction. • Other comparability factors such as features of local.”

Capitolo 2. Il Comparable Uncontrolled Price Method (“CUP”)

Il metodo CUP “*confronta il prezzo di beni e servizi trasferiti nel corso di una transazione tra imprese associate con il prezzo applicato a beni e servizi trasferiti nel corso di una transazione comparabile sul libero mercato in circostanze comparabili*”.

Tale metodologia si fonda sull’analisi della congruità del prezzo applicato in una transazione “*controllata*” rispetto al prezzo che sarebbe stato stabilito per analoghe transazioni intercorse tra entità indipendenti, nelle medesime condizioni di mercato.

Il confronto, che si basa sulla individuazione del valore di una transazione tra una società ed una sua parte correlata rispetto ad una transazione comparabile posta in essere tra la medesima società ed una parte terza, prende il nome di “*confronto interno*”.

Il metodo appare di immediata fruibilità operativa laddove vi sia la possibilità di individuare transazioni infragruppo comparabili rispetto a transazioni poste in essere con terze parti.

Spesso può capitare in riferimento ad intangibles che una società acquisisca un intangibile e, poi, lo ritrasferisca ad una società del proprio gruppo.

In questo caso, l’originario prezzo di acquisto può essere legittimamente assunto a prezzo del trasferimento *infra – gruppo*.

Nell’impossibilità di procedere con il confronto interno si può optare per un confronto che si riferisca alla medesima transazione, benché avvenuta tra due imprese completamente indipendenti.

Tale secondo approccio prende il nome di “*confronto esterno*”.

Rispetto al confronto interno, quello esterno comporta la valutazione di una serie di ulteriori elementi. In particolar modo, occorre prendere in considerazione i seguenti fattori:

1. Le caratteristiche dei beni;
2. L'analisi funzionale;
3. Le condizioni contrattuali;
4. La strategia d'impresa;
5. Il contesto economico, comprensivo del mercato di riferimento.

La metodologia *CUP*, nella prassi presupponendo un'analisi di comparabilità di prodotto, si rinviene più idonea nel caso di beni intangibles non dotati di una peculiare esclusività. Trova, quindi, particolare utilizzo nella valutazione dei marchi, soprattutto nel settore moda. Ciò deriva anche dal fatto che si riescono ad avere maggiori informazioni pubbliche sui contratti di licenza, da cui può evidenziarsi gli importi delle *royalties*. Ne deriva che il CUP si rileva la metodologia migliore per esempio per valutare i marchi, i disegni e modelli. Presupponendo una comparazione di prezzi, tale metodologia presuppone che i prodotti comparati godano del medesimo intangibile o comunque di un intangibile idoneo a creare il medesimo valore aggiunto.

Maggiori difficoltà di sua applicazione si rinvencono nel caso di brevetti industriali, che per loro natura prevedono un'esclusività tale rendere difficile il rinvenimento di prodotto comparabili.

Come già precedentemente visto, nella prassi internazionale, al di là della comparabilità del prodotto, l'elemento sempre più rilevante ai fini della determinazione della comparabilità è l'analisi funzionale, come maggiormente analizzata nei precedenti capitoli. Si evidenzia come oggetto della comparabilità sia la transazione più che l'oggetto della medesima.

L'analisi funzionale diviene poi elemento essenziale se, evidenziata la difficoltà di rinvenire prodotti comparabili, si procede tramite la diversa metodologia del *Residual Profit Shift Method*.

Capitolo 3. Il *Transactional Profit Split Method* e lo sviluppo del *Residual Profit Split Method*.

Secondo l'Ocse nel caso in cui le parti coinvolte nelle transazioni in analisi svolgano funzioni non routinarie o comunque trasferiscano intangibles, le cui peculiarità comportano difficoltà nell'individuazione di comparabili, quali i predetti brevetti industriali, la metodologia preferibile consisterebbe nel *Transactional Profit Split* con preferenza per il *Residual Profit Shifting*.

Il *Transactional Profit Split Method* viene utilizzato al fine di ripartire il reddito (*net operating profit*) atteso dalla transazione in analisi in proporzione a come esso sarebbe ripartito tra soggetti indipendenti. Pur fondandosi su una ripartizione di redditi tra le entità coinvolte nella transazione, tale metodologia non è assimilabile e non andrebbe confusa con un approccio differente quale quello del “*non arm's length approach of profit allocation*”, come delineato in precedenza del “*global formulary apportionment method*”. Infatti, tramite il metodo in discussione la ripartizione dei profitti tra le entità coinvolte nella transazione si fonda su un'analisi scientifica come infra delineata, mentre nel secondo caso la divisione dei profitti si fonda su formule predeterminate¹³¹. In ogni caso, tale metodologia può essere utilizzata sia in funzione di una valutazione del prezzo di libera concorrenza sia *ex ante* che *ex post*.

131 In questi termini si esprime V. Chand and S.Wagh “*The Profit Split Method: Status Quo and Outlook in Light of the BEPS Action Plan*”, *International Transfer Pricing Journal*, 2014, November/December, secondo cui: “*the profit split method can be regarded as the best transfer pricing method that can align taxation in accordance with value creation.*”.

Tale metodologia reddituale necessita per la sua applicazione di informazioni da parte di entrambe le parti correlate e, generalmente, trova applicazione allorquando entrambe le parti della transazione espletino funzioni non routinarie.

In particolare, si prospetta che essa venga particolarmente utilizzata in futuro anche da parte delle Amministrazioni Finanziarie¹³². Tale utilizzo sarebbe consigliabile soprattutto nell'ambito di APA o ruling allorquando l'Amministrazione Finanziaria può conseguire maggiori informazioni in riferimento alle società interessate.

Secondo le Guidelines Ocse il reddito sarebbe ripartito in base alternativamente:

- Alla c.d. *contribution analysis*, secondo cui il reddito viene ripartito sulla base delle funzioni svolte dalle società correlate¹³³;
- Alla c.d. *residual analysis*.

¹³² M. Milewska & M. Hurtado de Mendoza, *The Increasing Importance of Intangible Assets and the Rise of Profit Split Methods*, *International Transfer Pricing Journal*, 2010, p. 162 ss, Journals IBFD.

¹³³ M. Pankiv, *-Contemporary Application of the Arm's Length Principle in Transfer Pricing*, Online Books IBFD (accessed 22 June 2017) : "There are a number of approaches that may be used, as appropriate, for estimating the division of profits between related enterprises, based on either projected or actual profits, which would also be used by independent enterprises. The OECD Guidelines discuss two such approaches – contribution analysis and residual analysis – recognized by the OECD as not necessarily being exhaustive or mutually exclusive. Under a contribution analysis, the combined profits (the total profits from the controlled transactions under examination) would be divided between the associated enterprises based on a reasonable approximation of the division of profits that independent enterprises would have expected to realize from engaging in comparable transactions. This division of profits can be supported by comparable data, where available. In the absence of comparable data, it is often based on the relative value of the functions performed by each of the associated enterprises participating in the controlled transactions, therefore taking into account the value of their assets used and risks assumed instead. In cases where the relative value of the contributions can be measured directly, it may not be necessary to estimate the actual market value of each participant's contributions. The OECD Guidelines recognize the difficulty in determining the relative value of the contribution that each of the associated enterprises makes to the controlled transactions, and accordingly the approach will often depend on the facts and circumstances of each case. The OECD Guidelines suggest that the determination might be made by comparing the nature and degree of each party's respective contribution of differing types (e.g. provision of services, development expenses incurred, capital invested) and assigning a percentage based upon the relative comparison and external market data."

Si reputa possibile l'utilizzo di entrambe le modalità.

Soprattutto, nel caso in cui una delle parti correlate espleti funzioni rilevanti o, comunque, disponga di beni immateriali non comparabili, risulta preferibile l'adozione della c.d. *residual analysis*.

Tale metodologia si fonda su due passaggi concettuali. Il primo passaggio è diretto a remunerare le parti sulla base delle funzioni routinarie da entrambe effettuate.

Il secondo passaggio consiste nel distribuire il profitto residuo tra le due parti sulle base delle diverse funzioni non routinarie effettuate.

Nell'ambito delle *Regulations* statunitensi, tale metodologia trova piena regolamentazione nel paragrafo 1.482-6.

L'operazione principalmente eseguita inerisce alla determinazione delle funzioni routinarie e non routinarie, tramite anche l'analisi dei rischi assunti da ciascun ente e le risorse dal medesimo impiegate. Tale operazione può essere realizzata tramite l'analisi della documentazione predisposta per il *Transfer pricing* e da informazioni pervenute esternamente oltre che da appositi questionari inerenti alle funzioni svolte dalle società oggetto delle transazioni e da *report* industriali. Una volta individuate le funzioni routinarie è necessario procedere ad individuare una loro redditività tramite degli indici di profitto, tra cui si possono evidenziare il *return on capital employed*, l'*operating margin* od il *Berry ratio*.

In merito a questo, l'Ocse ha consigliato tra le soluzioni preferibili quella di utilizzare il più possibile le informazioni all'interno delle società coinvolte nel trasferimento e cercare di

rinvenire una chiave per la ripartizione dei costi, in relazioni alle funzioni svolte dalle parti.

Il profitto residuo viene allocato tra le parti correlate sulla base del contributo non routinario che generalmente deriva dall'utilizzo di *intangibles* o dalla prestazione di servizi di difficile valutazione.

Il valore relativo delle funzioni non routinarie difficilmente potrà essere ricavato da dati esterni ovvero da comparabili esterni; ci si avvarrà di dati interni, quali, per esempio, i costi capitalizzati per lo sviluppo di *intangibles*.

Ne consegue la rilevanza anche per l'applicazione da parte delle Amministrazioni Finanziarie del *Residual Profit Shifting Method* delle informazioni conseguite tramite la documentazione da predisporre ai fini dell'applicazione della disciplina del Transfer pricing. Sul punto, l'Ocse si sofferma con l'Action 13, dando ampio rilievo all'importanza che può assumere una conoscenza dell'intero gruppo societario e dei rapporti intessuti tra le diverse entità ¹³⁴.

¹³⁴ In questi termini si esprime Vikram Chand and Sagar Wagh “*The Profit Split Method: Status Quo and Outlook in Light of the BEPS Action Plan*”, *International Transfer Pricing Journal* 2014, November/December, secondo cui *First, if the information in relation to country-by-country revenue and earnings before taxes, as reported in the country-by-country template, matches the revenue and earnings before taxes earned by the parties to the controlled transaction at hand, the profit split method can be applied, as data in respect of the taxpayer and its affiliates may be readily available. Second, tax authorities may use internal information in the country-by-country template (e.g. the number of employees, total employee expense or total book value of tangible assets) as ad hoc allocation keys to attribute profit under a profit split method analysis, in particular the residual profit split mechanism.*

Capitolo 4. L'applicazione del *Residual Profit Shifting* e la necessità di maggior informazioni rispetto ai rapporti tra le entità del gruppo multinazionale: L'importanza dell'Action 13 ed il *Country by Country Report* e la Direttiva UE 2016/881 del 25 maggio 2016.

Nell'ambito del progetto Beps, l'Ocse ha dato un rilievo considerevole all'incremento delle normative nazionali dei paesi aderenti relativamente alla documentazione da prodursi da parte delle singole entità appartenenti ad un gruppo ed allo scambio delle medesime tra i diversi paesi, dedicando a queste problematiche l'intera c.d. "*Action 13*".

Il capitolo 5 delle Guidelines OCSE, come aggiornate alla luce delle misure adottate nel contesto del Progetto BEPS, prevede quale documentazione da prodursi oltre ai previgenti *Masterfile* e *Local File*, i c.d. *Country-by-Country Reporting*.

Tale documentazione dovrebbe fornire rispetto al Masterfile maggiori informazioni riguardo a tutte le entità appartenenti al Gruppo societario con residenza in altre giurisdizioni.

Tali maggiori informazioni dovrebbero riguardare¹³⁵:

- la c.d. "*Tax Jurisdiction*": si dovranno indicare quelle giurisdizioni nelle quali le entità del gruppo sono residenti ai fini fiscali;

¹³⁵ Per un'analisi più approfondita si rinvia a P. Valente, Documentazione nel transfer pricing, dalle linee guida OCSE alla riforma italiana, in *Il fisco*, 5/2016, p. 439 e ss.

- il fatturato di tutte le società del gruppo sia generato da transazioni poste in essere con parti correlate sia da transazioni con parti indipendenti;

- la c.d. “*Profit (Loss) Before Income Tax*”: dovrà essere indicata la somma di profitti/perdite ante imposte di tutte le entità del gruppo;

- la c.d. “*Income Tax Paid (on Cash Basis)*”: dovrà essere riportato l’ammontare delle imposte sui redditi effettivamente pagati nel periodo di riferimento da tutte le società del gruppo;

- dovrà essere indicato il numero di dipendenti di ogni società del gruppo, prendendo come riferimento il numero medio di dipendenti alla fine dell’esercizio;

- *Tangible Assets*: dovrà essere indicata la somma dei valori netti di bilancio dei beni tangibili delle società del gruppo, escludendo da tale indicazione valori monetari, finanziari e intangibili.

È importante evidenziare anche il ruolo funzionale in termini di attività svolta da ciascuna società del gruppo, mediante la compilazione di apposita tavola.

L’implementazione del c.d. Country by country reporting (in seguito anche CbC reporting) è considerata un obiettivo primario per una corretta applicazione della disciplina del *transfer pricing* e degli altri rischi fiscali collegati al Beps; il report relativo all’Action 13 raccomandava che le modifiche legislative consigliate fossero operative a partire dall’annualità fiscale del 2016.

In attuazione dell'Action 13 è stata emanata dal Consiglio Europeo la Direttiva (UE) 2016/881 del 25 maggio 2016 recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale introducendo tra gli altri l'articolo 8 bis¹³⁶.

Il Consiglio Europeo valuta la trasparenza delle informazioni per i Gruppi di Imprese Multinazionali elemento essenziale per evitare l'erosione della base imponibile ed il trasferimento di utili in giurisdizione a bassa fiscalità.

La Direttiva rappresenta l'attuazione dell'Action 13 al livello europeo. Impone i paesi aderenti l'introdurre una disciplina prescrivente gli obblighi informativi raccomandati dall'Ocse entro il 7 giugno 2017 e prevede l'obbligo dello scambio di informazioni da

136 Articolo 8 bis della Direttiva del Consiglio Europeo la Direttiva (UE) 2016/881 del 25 maggio 2016 recante modifica della direttiva 2011/16/UE: "Ambito di applicazione e condizioni dello scambio automatico obbligatorio di informazioni in materia di rendicontazione paese per paese 1.Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per imporre alla Controllante capogruppo di un gruppo di Imprese Multinazionale che è residente ai fini fiscali nel suo territorio, o a qualsiasi altra Entità tenuta alla rendicontazione, in conformità della sezione II dell'allegato III, di presentare una rendicontazione paese per paese relativamente al Periodo d'imposta di Rendicontazione entro 12 mesi dall'ultimo giorno del Periodo d'imposta di Rendicontazione del gruppo di Imprese Multinazionali conformemente alla sezione II dell'allegato III. 2.L'autorità competente di uno Stato membro in cui è stata ricevuta la rendicontazione paese per paese a norma del paragrafo 1 comunica, mediante scambio automatico ed entro il termine di cui al paragrafo 4, tale rendicontazione paese per paese a ogni altro Stato membro in cui, in base alle informazioni contenute nella rendicontazione stessa, una o più Entità costitutive del gruppo di Imprese Multinazionali dell'Entità tenuta alla rendicontazione sono residenti a fini fiscali o sono soggette a imposte per le attività svolte tramite una stabile organizzazione. 3.La rendicontazione paese per paese contiene le seguenti informazioni sul gruppo di Imprese Multinazionali: a) informazioni aggregate riguardanti i ricavi, gli utili (le perdite) al lordo delle imposte sul reddito, le imposte sul reddito pagate e le imposte sul reddito maturate, il capitale dichiarato, gli utili non distribuiti, il numero di addetti e le immobilizzazioni materiali diverse dalle disponibilità liquide o mezzi equivalenti per quanto riguarda ogni giurisdizione in cui opera il gruppo di Imprese Multinazionali; b) l'identificazione di ogni Entità costitutiva del gruppo di Imprese Multinazionali, che indichi la giurisdizione di residenza fiscale di tale Entità costitutiva e, se diversa da detta giurisdizione di residenza fiscale, la giurisdizione secondo il cui ordinamento è organizzata tale Entità costitutiva, e la natura della principale o delle principali attività commerciali di tale Entità costitutiva. 4.La comunicazione avviene entro 15 mesi dall'ultimo giorno del Periodo d'imposta del gruppo di Imprese Multinazionali cui si riferisce la rendicontazione paese per paese. La prima rendicontazione paese per paese comunicata riguarda il Periodo d'imposta del gruppo di Imprese Multinazionali che ha inizio il 1o gennaio 2016 o in data successiva e si verifica entro 18 mesi dall'ultimo giorno di tale Periodo d'imposta.».

parte dei singoli paesi aderenti relativamente al *Country by Country documentation*. Lo scambio di comunicazioni ed informazioni dovrà avvenire automaticamente attraverso la “rete CCN”: la piattaforma comune basata sulla rete comune di comunicazione (CCN) e sull’interfaccia comune di sistema (CSI), sviluppata dall’Unione per assicurare tutte le trasmissioni con mezzi elettronici tra le autorità competenti nel settore delle dogane e della fiscalità.

La Direttiva indica chiaramente quali finalità sono perseguite dallo scambio automatico delle informazioni ricavabili dal Country by Country report. In particolare, all'articolo 16 della Direttiva sullo scambio di informazioni è aggiunto il seguente paragrafo: *«6. In deroga ai paragrafi da 1 a 4 del presente articolo, le informazioni comunicate tra Stati membri a norma dell'articolo 8 bis bis sono usate al fine di valutare i rischi elevati legati ai prezzi di trasferimento e altri rischi connessi di erosione della base imponibile e di trasferimento degli utili, compresa la valutazione del rischio di inosservanza da parte dei membri del gruppo di Imprese Multinazionali delle norme applicabili in materia di prezzi di trasferimento, e se opportuno a fini di analisi economiche e statistiche. Le rettifiche dei prezzi di trasferimento da parte delle autorità fiscali degli Stati membri riceventi non si basano sulle informazioni scambiate a norma dell'articolo 8 bis bis. In deroga a quanto sopra non è vietato usare le informazioni comunicate tra gli Stati membri a norma dell'articolo 8 bis bis come base di ulteriori indagini relativamente agli accordi sui prezzi di trasferimento del gruppo di Imprese Multinazionali o ad altre questioni fiscali durante una verifica fiscale, a seguito delle quali potrà essere opportunamente rettificata la base imponibile di un'Entità costitutiva.»*.

Dal punto di vista della disciplina nazionale, in attuazione alle indicazioni fornite dall'Ocse, la Legge 28 dicembre 2015, n. 208 introduce nell'ordinamento italiano specifici obblighi di rendicontazione a carico delle imprese (cfr. in particolare, i commi da n. 145 a n. 147 dell'art. 1 della Legge)¹³⁷.

Ai sensi dell'art. 73 del T.U.I.R., L'obbligo di rendicontazione incombe sulle società controllanti del gruppo residenti in Italia tenute alla redazione del bilancio consolidato, se il gruppo registra un fatturato consolidato nel periodo d'imposta precedente di almeno 750 milioni di euro e se le società non sono, a loro volta, controllate da soggetti diversi dalle persone fisiche.

Il medesimo obbligo ricade anche in capo alle società controllate residenti in Italia, se la controllante è residente in uno Stato *“che non ha introdotto l'obbligo di presentazione della rendicontazione Paese per Paese ovvero non ha in vigore con l'Italia un accordo che consenta lo scambio delle informazioni relative alla rendicontazione Paese per Paese ovvero è inadempiente all'obbligo di scambio delle informazioni relative alla rendicontazione Paese per Paese”* (cfr. il comma 146).

Costituiscono oggetto di rendicontazione l'ammontare dei ricavi e degli utili lordi, le imposte pagate e maturate, nonché altri elementi indicatori di attività economica effettiva.

L'Amministrazione finanziaria italiana assicura la riservatezza delle informazioni oggetto di rendicontazione in conformità con gli obblighi di confidenzialità di cui alla

¹³⁷ F. Telch Francesco, *Country by Country reporting: le linee guida, Pratica Fiscale e Professionale*, 18 / 2017, p. 44.

Convenzione multilaterale sulla mutua assistenza amministrativa in materia fiscale (cfr. il comma 145).

Il comma 147 affida a un Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze il compito di fissare le condizioni affinché le società controllanti, che presentano determinati requisiti geografici e di fatturato, trasmettano all'Agenzia delle entrate una specifica rendicontazione, Paese per Paese, relativa a ricavi e utili, imposte pagate e maturate e agli altri elementi indicatori di una attività economica effettiva.

A seguito dell'emanazione del decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze (D.M. 23 febbraio 2017 pubblicato in Gazzetta Ufficiale 8 marzo 2017), sono state introdotte le regole operative per l'assolvimento dell'adempimento, ossia: le modalità, i termini, gli elementi e le condizioni per la trasmissione telematica della predetta rendicontazione all'Agenzia delle Entrate. E' prevista altresì una disciplina regolamentare per lo scambio di informazioni.

Nell'ambito della detta Action 13 e nel tentativo di fornire un aggiornamento al Finale report del 2015, recentemente in data 17 luglio 2017 è stata pubblicata la *Guidance on the Implementation of Country-by-Country Reporting* presentando delle ulteriori innovazioni.

Capitolo. 5 Ulteriori metodologie di determinazione del valore dei beni intangibili.

La difficoltà di risolvere le criticità del Residual Profit Shift dovrebbe portare gli operatori ad individuare ulteriori criteri di determinazione del valore dei singoli intangibles.

Nel meeting del 22 giugno 2017 del *Joint Transfer Pricing Forum* si è appunto analizzata la possibilità anche in riferimento della determinazione del prezzo di libera concorrenza nel *Transfer Pricing* di utilizzare valutazioni di natura tecnica economica¹³⁸. Con riguardo ai metodi di valutazione di natura tecnico economica si dovrebbe ulteriormente fare riferimento alle International Valuation Standards 2017, che dedicano un intero paragrafo all'individuazione dei metodi di determinazione del valore degli intangibili.

Le *International Valuation Standard* in sintonia e conformità con i dettami Ocse innanzitutto esprimono il principio del *most appropriate method under particular circumstances*; altresì, indicano la possibilità di utilizzare due metodologie diverse insieme. L'utilizzo di due metodologie insieme se portano a risultati simili sono da

¹³⁸ Il meeting si è concluso con il "DRAFT REPORT ON THE USE OF ECONOMIC VALUATION TECHNIQUES IN TRANSFER PRICING" in https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/jtpf003rev2017enecovaldraft_en.pdf. Si precisava che: In particolare si precisa che: "1. Chapter VI and IX of the OECD Transfer Pricing Guidelines ("TPG") recognise economic valuation techniques as useful for determining the transfer pricing consequences of a transfer of intangibles, rights in intangibles or the transfer of a business/part of a business (an ongoing concern)1,2. 2. The objective of this report is to build a bridge between general practice of economic valuation and transfer pricing. It is therefore addressed to both, valuation experts having to apply their expertise in the context of transfer pricing and transfer pricing practitioners who are faced with the application of economic valuation techniques. 3. It is important to highlight that when using economic valuation techniques for transfer pricing purposes3, the principles set out in the TPG should be fully considered and the techniques should be adjusted accordingly. This paper is particularly relevant for the application of the guidance in the revised Chapter VI of the TPG as well as with regards to the application of the guidance in Chapter IX of the TPG. Chapter VI notably provides guidance relating to the determination of cash flows attributable. Chapter IX notably provides guidance relating to the sale of assets as part of restructuring."

apprezzare. Vengono in particolare descritti una pluralità di approcci diversi meglio descritti nel capitolo IVS 105: il criterio del costo, il criterio del mercato ed il criterio del reddito.

Il criterio del costo rappresenta una metodologia fondata sul principio per cui nessun imprenditore sosterebbe costi per l'acquisizione di un bene se non nel presupposto che vengano remunerati, anche se nel lungo termine. Nell'ambito di tale criterio si includono:

- il **Replacement Cost Method**, che valuta i costi che un imprenditore dovrebbe sostenere per sostituire il prodotto con un altro avente le medesime funzionalità; tale metodologia trova prevalente utilizzazione in caso di intangibles in stato di deterioramento;
- il **Reproduction cost method** per il quale si deve procedere all'individuazione dei costi storicamente sostenuti ed alla loro rivalutazione all'epoca dell'analisi, tenendo conto degli indici espressivi del tasso di inflazione; si tratta di una metodologia adatta nel caso in cui solo la replica dell'intangibile può dare la corretta utilità.

In secondo luogo, rileva il metodo di mercato: tale metodologia si fonda sul riconoscimento ad un *intangibles* specifico del valore corrispondente ai prezzi praticati in transazioni aventi ad oggetto beni simili. Le IVS indicano i criteri di individuazione degli adeguati comparables che si uniformano a quelli Ocse. .

Infine, rilevano il criterio del reddito tra cui si includono i seguenti.

- **Il Metodo dei differenziali di risultato, che** consente di valutare i vantaggi differenziali di risultato derivanti dall'utilizzo dell'intangibile. Il vantaggio economico (*premium price*) è la differenza tra il prezzo imputabile al prodotto supportato dall'intangibile e quello conseguibile con un uguale prodotto non supportato da un bene immateriale. Il metodo dei differenziali di risultato può essere utile nel caso di impresa che distribuisca i medesimi beni con l'apposizione del marchio e senza l'apposizione del marchio stesso. In tal caso, il differenziale del prezzo potrebbe essere imputato al marchio, salvo i maggiori costi di marketing del marchio. Tale metodologia poi si può riproporre con sfaccettature diverse, tra cui la differenza tra margini operativi tra i costi sostenuti per la produzione ed il prezzo di vendita medio dei prodotti.
- **Il Multiperiod Excess Earning Method, secondo cui** il valore dell'asset oggetto di valutazione è pari al present value di tutti gli excess earning lungo la vita utile del bene. Al fine di generare uno stream di *cash flow* il bene deve avvalersi della contribuzione derivante dall'impiego di altri assets facenti capo alla società. Tale beni devono essere valorizzati prima dell'asset oggetto di valutazione in modo che il costo del capitale investito possa essere dedotto dai cash flows stimati per il bene immateriale.
 - Il *relief from royalty method*, che consiste nella stima di valore di un bene immateriale (marchio

o brevetto), determinando i flussi attualizzati delle royalties derivanti dalla cessione a terzi del bene.

L'attuale prospettiva internazionale volta anche a dare rilievo a tali metodi valutativi, dimostra ancora una volta la consapevolezza della fallibilità del principio *dell'arm's lenght* e della necessità di trovare alternative valide ed efficaci. Ed ancora, una volta si deve rilevare che la soluzione non può essere in alcun modo univoca e deve tener conto di una pluralità di fattori.

In particolare, le metodologie di cui sopra nella loro tecnicità tendono a dare una valutazione economica del singolo intangibile, ma non sono in grado di dare una valutazione a tutti gli elementi interessati da una transazione. Allorquando si analizza una transazione oltre al valore del singolo oggetto trasferito, si devono analizzare le condizioni contrattuali e tutti gli altri elementi anche funzionali che caratterizzano la transazione. Ne discende che, seppur tali metodologie debbano essere considerate anche come paramentro di riferimento, le criticità derivanti dall'applicazione di tali metodi, portano sempre più gli autori ad analizzare l'opportunità di utilizzare una *formulary apportionment*¹³⁹.

¹³⁹Come definito nelle linee guida dell'OCSE, il "*formulary apportionment*" è un approccio 1 allocare i profitti globali di un gruppo multinazionale su una base consolidata tra le imprese associate in diversi paesi, utilizzando una formula predeterminata che molto probabilmente sarebbe basata su una combinazione di costi, attività, retribuzioni e vendite. Le linee guida dell'OCSE definiscono, quindi, due aree in cui la ripartizione globale delle formule non deve essere confusa con i metodi o le pratiche accettabili secondo il principio della libera concorrenza.

PARTE QUARTA

LA DISCIPLINA ITALIANA DEL TRANSFER PRICING NELLE TRANSAZIONI CON OGGETTO BENI IMMATERIALI E PRESTAZIONI DI SERVIZI.

Capitolo 1. L'evoluzione della disciplina italiana dei prezzi di trasferimento in adeguamento alla disciplina di diritto tributario internazionale.

Secondo il diritto tributario italiano, il sistema di adeguata ripartizione del reddito imponibile delle imprese multinazionali si basa sul principio di libera concorrenza. La disciplina del *transfer pricing* è contenuta nell'art. 110, comma 7, del Testo Unico delle imposte sui redditi. A seguito di ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale, l'articolo 1, paragrafi 281-284 della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (Legge di bilancio 2014), ha chiarito che tale disciplina trova applicazione anche ai fini dell'imposta regionale per le attività produttive (IRAP).

La normativa in questione è stata recentemente innovata a mezzo dell'art. 59, del D.L. 24 aprile 2017, n. 50 (c.d. Manovra correttiva 2017), che ha sostituito il principio del valore normale a quello di libera concorrenza, in adeguamento allo sviluppo del diritto internazionale sul punto e confermando una linea interpretativa, già acquisita da dottrina e giurisprudenza.

Tale innovazione, quindi, non comporta mutamenti rispetto all'interpretazione già antecedentemente fornita dalla stessa prassi amministrativa.

A seguito dell'introduzione delle Linee guida dell'OCSE 1979, le autorità fiscali italiane hanno emanato norme esaustive e complete sui prezzi di trasferimento a mezzo della Circolare del Ministero delle Finanze 22/2267 del 22 settembre 1980. Sebbene la circolare sia basata sulla legislazione abrogata (articoli 53, paragrafo 5, lettera b) e 56, paragrafo 2, del decreto presidenziale 597 del 29 settembre 1973), è ancora valida, in quanto la nuova disposizione (articolo 110, paragrafo 7 del TUIR) riflette la vecchia legislazione. Altri regolamenti emessi dalle autorità fiscali italiane sono:

- Circolare del ministero delle Finanze 42/12/1587 del 12 dicembre 1981;

- Decreto 9/281 del 29 settembre 1990, relativo alla determinazione del prezzo di trasferimento nel caso di servizi di produzione e assemblaggio;

- Circolare del Ministero delle Finanze 98 / E / 2000/107570 del 17 maggio 2000,

- Circolare 58 / E del 15 dicembre 2010 sulla corretta documentazione dei prezzi di trasferimento quale onere per la mancata applicazione delle sanzioni;

- Circolare 21 / E del 5 giugno 2012 relativa alle procedure e all'arbitrato di accordo reciproco.

La disciplina italiana relativa ai prezzi di trasferimento nelle transazioni intercompany aventi ad oggetto beni immateriali è dettata dal capitolo V della circolare n. 32 del 1980.

La circolare n. 32 del 1980 afferma che, anche con riferimento alle transazioni aventi ad oggetto beni immateriali, l'indagine dell'Amministrazione finanziaria deve essere ispirata al principio "*del prezzo di libera concorrenza*".

Ai fini della sua determinazione - nonostante la difficoltà di identificare transazioni comparabili, data la particolarità e l'unicità dei beni in questione - è possibile applicare uno dei tre criteri tradizionali (CUP, metodo del prezzo di rivendita, metodo del costo maggiorato), nei casi in cui "*sussista l'elemento fondamentale della similarità delle transazioni*".

In particolare, possono essere applicati il metodo del confronto del prezzo, nel caso in cui il bene ceduto sia stato oggetto di precedenti trasferimenti tra imprese indipendenti (utilizzando il prezzo negoziato tra le parti come indice di comparazione) o il metodo del prezzo di rivendita, nel caso in cui un'impresa italiana controllata, licenziataria di un brevetto o di un marchio, lo conceda in sub-licenza dietro corrispettivo.

L'Amministrazione finanziaria specifica inoltre che, ai fini della determinazione del valore normale del canone, è necessario utilizzare una metodologia di valutazione "*tecnica*", che deve tener conto delle potenzialità e dei costi dello sfruttamento del bene immateriale.

Pertanto, devono essere considerati gli elementi tecnici del bene immateriale oggetto di trasferimento, come ad esempio la vita tecnica, l'effettuazione di ricerche e sperimentazioni, l'originalità, la complessità e la portata tecnologica, l'obsolescenza inferiore o superiore all'anno ed i risultati ottenuti dal licenziante mediante l'utilizzazione del bene.

Contestualmente, bisogna tener conto delle *"informazioni giuridiche"* stabilite contrattualmente, come ad esempio il diritto di esclusiva, la limitazione territoriale, la durata del contratto, il diritto di concedere sub-licenze, la protezione accordata all'intangibile dalla legislazione dello Stato di residenza, la fissazione dei prezzi di rivendita dei prodotti, il diritto preferenziale rispetto a terzi, ecc.

Un altro fattore di cui tener conto nel valutare la conformità del canone al principio di libera concorrenza è il vantaggio che il licenziatario potrà ottenere dallo sfruttamento del bene immateriale. In tal senso, la circolare n. 32 del 1980 afferma che *"è indispensabile che il beneficiario della licenza abbia tratto un vantaggio reale o abbia potuto ragionevolmente prevedere un vantaggio al momento della conclusione del contratto"*.

Inoltre, la circolare n. 32 del 1980, data la difficoltà di identificare criteri analitici di determinazione del valore normale delle transazioni aventi ad oggetto beni immateriali, reputa raramente applicabili i criteri tradizionali, individuando una serie di *"valori normali"* (safe harbour) da ritenere congrui al ricorrere di specifiche condizioni. In particolare, afferma la rilevanza di individuare la percentuale di *royalties* sulla base dei profitti e delle perdite del licenziatario.

Specificamente, la circolare fornisce nel capitolo V, sezione 6, che:

- le royalties fino al 2% delle vendite saranno consentite quando la transazione è regolata da un contratto stipulato prima del primo pagamento e laddove siano sufficienti prove documentali;

- le royalties che vanno dal 2% al 5% saranno considerate giuste in condizioni più onerose, cioè dove il contribuente può giustificare tali diritti con riferimento ai fattori tecnici e legali citati sopra; e

- royalties superiori al 5% delle vendite (o, con alcune eccezioni, royalties di qualsivoglia natura pagate a una bassa imposta giurisdizione) saranno consentite solo in casi eccezionali giustificati dall'elevato livello tecnologico dell'industria o da altre circostanze.

La Giurisprudenza di merito si è pronunciata in più occasioni sostenendo che tali percentuali fossero meramente indicative, dovendosi, in realtà, valutarsi le peculiarità delle transazioni in analisi.

Secondo la prassi amministrativa citata, nella determinazione delle royalties e nell'individuazione delle metodologie di determinazione del valore, si dovranno considerare sia gli elementi tecnici che quelli giuridici, quali:

- elementi tecnici: spese di ricerca sostenute per creare l'intangibile, grado di obsolescenza, "*vita tecnica*" dell'intangibile e sua unicità, complessità e inimitabilità, come nonché il beneficio economico ottenuto fino ad oggi dal licenziante dall'uso dell'intangibile; e

- elementi giuridici: esclusività, portata territoriale, protezione giuridica, limitazioni all'esportazione, restrizioni sulle attività produttive, restrizioni sulle sublicenze, durata dell'accordo, norme tecniche imposte dalla legge sui beni fabbricati, il diritto di sfruttamento o sviluppo, fissazione dei prezzi dei beni derivanti dall'uso dell'intangibile e della prelazione destra. Inoltre, il beneficio

atteso dal licenziatario dovrebbe essere considerato anche quando valutare un prezzo di mercato per le attività immateriali.

La Circolare si occupa, anche, del caso in cui la remunerazione degli *intangibles* sia incorporata nel prezzo del trasferimento di beni. La medesima prevede che potrebbe essere previsto un pagamento di royalties alla società madre dalle filiali coinvolte in attività manifatturiere. In quanto tale, la circolare sembra suggerire che nel caso di distributori che acquistano prodotti di parti correlate che incorporano beni immateriali (come un marchio commerciale, un nome commerciale o un logo), l'intangibile dovrebbe essere necessariamente trattato come incorporato nel prodotto e l'addebito per l'intangibile dovrebbe essere incluso nel prezzo del prodotto. Tale prassi amministrativa non ha però trovato conferma nella giurisprudenza tributaria. Infatti, la Commissione Tributaria Provinciale di Roma, sezione XIII, nella decisione 410 del 2 giugno 2000, ha riconosciuto l'eventuale deducibilità dei canoni corrisposti da una società farmaceutica che opera come distributore per conto di una parte correlata. Allo stesso modo, la Commissione Tributaria Provinciale di Roma, sezione IV, con decisione 65/04/99 del 5 marzo 1999, ha concluso che la posizione espressa nella predetta circolare è eccessivamente restrittiva e può rivelarsi inappropriata in alcuni casi (ad es la filiale di distribuzione acquista i prodotti da una parte correlata che non possiede il marketing beni immateriali incorporati nel prodotto, che sono invece di proprietà di un'altra società collegata).

L'Amministrazione Finanziaria si è dimostrata anche aperta all'utilizzazione delle metodologie non tradizionali, quale la stessa *Residual Profit Shifting*. Si evidenzia nei report degli Apa stipulati in Italia che in una percentuale di casi superiore al 20% si è utilizzato

tale metodologia. Per quanto dai medesimi reports non si evince quali siano i beni trasferiti, comunque si è rilevato il suo utilizzo in quelle transazioni aventi ad oggetto intangibles unici.

In riferimento alle prestazioni di servizi, non vi è neppure nella disciplina italiana una chiara definizione. La Circolare predetta dispone la deducibilità dei costi derivanti dalle prestazioni di servizi dell'ente controllante se inerenti all'attività dell'impresa e in caso di presenza del duplice presupposto:

- le prestazioni debbono arrecare un beneficio economico alla controllata;

- debbono essere valutate le prestazioni e funzioni effettivamente prestate, poichè non possono dedursi le ordinarie funzioni di controllo.

La giurisprudenza di legittimità in merito alle prestazioni di servizi ha sostenuto due concetti:

- la deducibilità delle prestazioni dei servizi rese dalla capo gruppo ad una stabile organizzazione;

- la deducibilità di prestazioni di servizi anche se congiuntamente a quelle fornite da terzi.

Infine, è opportuno evidenziare come il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010 (di seguito anche, "il Provvedimento") e la successiva Circolare 15 dicembre 2010 58/E (esplicativa del Provvedimento) dispongono la necessità di fornire nel Masterfile (capitolo 7) un'elencazione dei beni immateriali detenuti da ciascuna impresa coinvolta nelle operazioni intercompany,

con separata indicazione di eventuali canoni, distinti per soggetto percipiente o erogante, corrisposti per lo sfruttamento degli stessi.

Capitolo 2. La disciplina del regime opzionale di tassazione agevolata per i redditi derivanti dall'utilizzazione di intangibles del Patent Box (articolo 1, commi 37-45 della legge n. 190/2014).

L'articolo 1, commi da 37 a 45 della Legge 23 dicembre 2014 n. 190 (di seguito anche "Legge di Stabilità 2015") come successivamente modificata dall'articolo 5 del D.L. del 24 gennaio 2015 n. 3 (Decreto "*Investment Compact*"), e dall'art.1, comma 148, della Legge 28 dicembre 2015 n. 208 (di seguito "*Legge di stabilità 2016*") ha istituito l'accennato regime di tassazione agevolata (cd "*Patent Box*"), su base opzionale del contribuente, applicabile ai redditi derivanti dall'utilizzo di opere dell'ingegno, di brevetti industriali, di marchi, di disegni e modelli, nonché di processi, formule e informazioni relativi ad esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico giuridicamente tutelabili (di seguito "*proprietà intellettuali*"), con lo scopo di incentivare gli investimenti in attività di ricerca e sviluppo.

Il regime fiscale predisposto dal Legislatore nazionale si applica, quindi, a tutti i soggetti residenti fiscalmente nel territorio dello Stato in relazione alle attività produttive di redditi d'impresa, indipendentemente dalla natura giuridica, dalla dimensione¹⁴⁰ e dal settore produttivo di appartenenza degli stessi.

Relativamente all'ambito oggettivo di applicazione, questo è circoscritto dall'articolo 1, comma 39, della Legge di stabilità 2015: l'agevolazione riguarda i redditi che derivano dall'utilizzo di software

¹⁴⁰ Le dimensioni dell'ente, in realtà, influiscono sulle modalità di richiesta dei benefici, poiché le cd. PMI sono esentate dall'obbligo di indicazione dei criteri di determinazione del prezzo di libera concorrenza e dalla presentazione di parte importante della documentazione relativa.

protetto da copyright, da disegni e modelli, da brevetti industriali, da marchi, nonché da processi, formule ed informazioni del campo industriale, commerciale o scientifico giuridicamente tutelabili, indipendentemente dal titolo giuridico in virtù del quale avviene l'uso degli stessi, ovvero a prescindere dal fatto che siano sviluppati internamente dal contribuente, oppure acquisiti da altri soggetti (anche in licenza), e sui quali il contribuente svolge attività di mantenimento, accrescimento e sviluppo. I beni immateriali non sono soltanto quelli tutelati in Italia, ma anche quelli protetti in qualsiasi Paese Estero in base alle norme ivi applicabili. Inoltre, tra i beni immateriali differenti può essere fatto valere il vincolo di complementarietà: nel caso in cui la finalizzazione di un prodotto o processo è subordinata all'uso congiunto di più beni immateriali, questi ne costituiscono uno solo. In riferimento ai marchi al fine di conformarsi alla disciplina OCSE sono stati elisi dal regime agevolativo.

Rientrano nell'ambito dell'applicazione la concessione in uso (utilizzo indiretto) e l'uso diretto di tali beni immateriali.

Presupposto fondamentale per conseguire il beneficio è creare del valore aggiunto mediante attività di ricerca e sviluppo avente ad oggetto il bene immateriale, di cui origina il reddito agevolabile. La norma si riferisce sia alla ricerca fondamentale, intesa come i lavori sperimentali e teorici svolti per acquisire nuove conoscenze, e la ricerca applicata, con ciò dovendosi intendere la ricerca pianificata per acquisire nuove conoscenze e capacità, da utilizzare per sviluppare nuovi prodotti, processi o servizi o apportare miglioramenti a prodotti, processi o servizi esistenti, il design, l'ideazione e la realizzazione di software protetto da copyright, le ricerche preventive, i test e le ricerche di mercato e gli altri studi e interventi; le attività di

presentazione, comunicazione e promozione che accrescano il carattere distintivo e/o rinomanza dei marchi.

Il procedimento per conseguire l'agevolazione si sviluppa in tre fasi:

- Individuare, innanzitutto, il reddito agevolabile derivante dall'utilizzo diretto o indiretto del bene immateriale;
- Calcolare successivamente il *nexus ratio*, dato dal rapporto tra i costi qualificati ed i costi complessivi;
- Effettuare il prodotto tra il reddito agevolabile ed il "*nexus ratio*" per ottenere l'ammontare del reddito agevolabile.

Nell'ambito dell'attività di individuazione del reddito agevolabile, gli operatori si dovranno rifare prevalentemente proprie alle Linee Guida sul *transfer pricing*¹⁴¹.

L'analisi del Patent Box, soprattutto in caso di utilizzo diretto, diviene, quindi, un terreno molto fertile perché si costruisca una forte prassi in relazione alle metodologie più appropriate per determinare il maggior valore derivante dall'utilizzo degli intangibles.

¹⁴¹OECD, *Action 5: 2015 Final Reports*, capitol 4, paragrafo 29. In merito all'utilizzo delle metodologie l'Action 5 dell'Ocse espressamente rinvia alla disciplina del transfer pricing prescrivendo: "*jurisdictions that choose to grant benefits to embedded IP income must implement a consistent and coherent method for separating income unrelated to IP (e.g. marketing and manufacturing returns) from the income arising from IP. One method that would achieve this outcome could, for example, be based on transfer pricing principles*".

Dall'analisi della prassi, si evince che seppur si tenda a prediligere ove possibile il metodo CUP¹⁴², è il metodo del *Residual profit split* a prevalere nel suo utilizzo.

Si predilige la metodologia CUP soprattutto per l'individuazione dei profitti derivanti dall'utilizzo del marchio, prevalentemente nei settori economici come quello della moda, ove la presenza di contratti di licenza anche per usi non in via esclusiva è consueta. In questi casi, infatti, è possibile rinvenire comparabili adeguati. Ciò diventa quasi impossibile allorquando il beneficio fiscale venga richiesto per l'utilizzo di brevetti industriali. Quest'ultimi, infatti, per le proprie caratteristiche intrinseche di innovatività ed esclusività difficilmente trovano nel mercato comparabili adeguati, soprattutto se le società che producono comparabili debbono presentare caratteristiche d'indipendenza ed avere informazioni pubbliche.

Inoltre, sono eccezionali i casi in cui un'impresa conceda in uso un brevetto industriale non in via esclusiva.

Ne deriva, che salvo per la richiesta di beneficio collegato a marchi in settori di rilevanza, il metodo CUP da metodo principale diviene metodo secondario per dare sempre più rilevanza al *Residual*

¹⁴² Simone Zucchetti, Andrea Pallotta and Oreste Lanfranchi, "Assessment Methods for Intangible Assets: Unwrapping the Italian Patent Box To Better Grasp What Is Inside and How Much It Is Worth", *International Transfer Pricing Journal*, May/June, 2016, secondo cui: "Following the hierarchy governing transfer pricing methods suggested by international practice,¹⁴² the starting point is always, and necessarily, assessing the potential applicability of the comparable uncontrolled price (CUP) method. The CUP method is based on a comparison between the price applied in the transaction under analysis with that which would have otherwise been agreed in similar transactions involving independent counterparties. More specifically, for the purpose of verifying the outcome of such a comparison, a business transaction (i) between a company of the group and an independent third party (internal comparison) or (ii) a transaction between independent parties (external comparison) may be taken as a reference. Il metodo Cup viene considerato il metodo prevalente anche per l'Amministrazione Finanziaria, sempreché però siano rinvenibili dei comparabili.

Profit Split, ben accettato da professionisti ed Amministrazione Finanziaria¹⁴³.

Così, anche per la determinazione del beneficio collegato al Patent Box si realizza una sempre maggior propensione per una metodologia che comunque presuppone un'analisi dei risultati economici del complesso del gruppo societario.

Infatti, si deve innanzitutto avere una conoscenza ottimale delle funzioni svolte dall'impresa medesima.

In un secondo momento, si cerca di delineare le funzioni routinarie svolte dalla società medesima. Generalmente si tende a distinguere tra funzioni produttive e distributive, attribuendo a ciascuna di esse una remunerazione tramite un'equiparazione tra imprese con un alto livello di comparabilità¹⁴⁴. La differenza tra la

¹⁴³ Simone Zucchetti, Andrea Pallotta and Oreste Lanfranchi, "Assessment Methods for Intangible Assets: Unwrapping the Italian Patent Box To Better Grasp What Is Inside and How Much It Is Worth", *International Transfer Pricing Journal*, May/June, 2016 secondo cui "it will often be the case in matters involving transfers of intangibles or rights in intangibles that the comparability analysis (including the functional analysis) reveals that there are no reliable comparable uncontrolled transactions that can be used to determine the arm's length price and other conditions.¹⁴³ That being said, one-sided transfer price methods (e.g. TNMM and the resale price method) are also not regarded as particularly reliable for directly measuring the arm's length conditions of transactions involving intangibles.¹⁴³ These methods should instead rather be used indirectly as a means of determining the value of the routine functions which, residually, are the basis for the fair remuneration to be attributed to the intangible assets at stake.

Finally, the cost-plus method is to be commonly excluded from the viable methods, as the use of methods estimating the arm's length conditions of transfers involving intangible assets on the basis of the costs incurred for their respective development (given the unlikely correlation between the two parameters) is not likely to be recommended. In this regard, the Actions 8-10 Final Reports state that: the use of transfer pricing methods that seek to estimate the value of intangibles based on the cost of intangible development is generally discouraged. There rarely is any correlation between the cost of developing intangibles and their value or transfer price once developed. Hence, transfer pricing methods based on the cost of intangible development should usually be avoided."

¹⁴⁴ Simone Zucchetti, Andrea Pallotta and Oreste Lanfranchi, "Assessment Methods for Intangible Assets: Unwrapping the Italian Patent Box To Better Grasp What Is Inside and How Much It Is Worth", *International Transfer Pricing Journal*, May/June, 2016 secondo cui: "Estimating the economic contribution of the intangible asset in accordance with the residual profit split method, implies following a structured yet demonstrable path, to distribute the operating result of the company amongst the various routine functions and the relevant intangible

complessiva remunerazione e la remunerazione routinaria sarebbe da imputare agli *intangibles*.

Ci si avvede, quindi, le criticità che l'adozione di tale metodologia può comportare.

Innanzitutto, è necessario individuare il complesso di *intangibles* anche non debitamente registrati (c.d. *soft intangibles*), che possano creare l'extra-profitto. Nell'esperienza statunitense ove tale metodologia ha avuto sviluppo e maggior sperimentazione, si è valutato che l'IRS tende a mantenere l'intero maggior profitto nelle società residenti negli Stati Uniti anche nel caso gli *intangibles* siano stati trasferiti a sussidiarie mediante contratti di licenza. Ciò deriva dal fatto che si reputa che il maggior profitto non derivi interamente dall'*intangibles*, ma da una congerie di fattori che permangono comunque in capo alla società madre.

La maggior criticità rappresentata dalla metodologia del *Residual Profit Split* è quindi l'individuazione di quell'universo di *intangibles* non individuabili o economicamente valutabile e/o

asset that provides for a unique contribution. In particular, in order to determine the economic contribution of such an intangible asset to a company's results, it will be fundamental to:

- *identify the intangible asset that provides for a unique contribution to the taxpayer's operating results;*
- *classify the routine functions performed by the company. Such an identification and ascertaining the related risks and tangible assets involved require (i) understanding and comprehending the business model of the company, (ii) determining interactions between the intangible assets and the routine functions and (iii) identifying all factors that contribute to the creation of added value to the company's business income;*
- *determine the compensation of the routine functions at fair market value, following the OECD Guidelines. Remuneration of routine functions is generally undertaken relying on operating results, derived from a benchmark analysis that compares companies that all own intangible assets; and*

allocate the residual value, defined as the difference between the beneficial taxpayer's operating result and the remuneration at market value of the routine functions performed by the taxpayer."

registrabili che comunque permette ad un'entità di conseguire un maggior valore aggiunto.

Tali criticità, nell'ambito della disciplina del *transfer pricing*, riescono in parte ad essere superate tramite una valutazione complessiva della transazione, che non richiede una autonoma valorizzazione di ciascun *soft intangible*.

Nell'ambito del *transfer pricing* si valorizza la transazione e non il bene oggetto della medesima. Ne discende che in tal caso l'applicazione del Residual Profit Shifting è ragionevole, poiché risulta idoneo alla valorizzazione di ogni elemento intangibile coinvolto nella negoziazione.

Invece, nel caso di Patent Box, la valorizzazione deve riguardare il bene agevolato, non potendosi valorizzare i *soft intangible*, al fine di non estendere il regime premiale a beni non oggetto del medesimo.

Ne discende l'inopportunità, ai fini dell'applicazione del regime premiale del Patent Box, dell'utilizzazione acritica delle metodologie di valutazione degli intangibles sviluppate nell'ambito del *transfer pricing*, poiché potrebbero portare a risultati distorti ed ad estendere la disciplina agevolativa al di là del portato normativo, anche in violazione della disciplina sugli Aiuti di Stato di cui si tratterà alla Parte Quinta, Capitolo 3.

PARTE QUINTA

CONCLUSIONI. LA CONSAPEVOLEZZA DELLE CRITICITÀ DELLA DISCIPLINA DEL *TRANSFER PRICING*, SOPRATTUTTO IN RIFERIMENTO AGLI INTANGIBLES, DERIVANTI DALL’ALEATORietà INTRINSECA ALL’ADESIONE DEL PRINCIPIO DI LIBERA CONCORRENZA E DELLA NECESSITÀ DI SVILUPPO DI STRUMENTI ULTERIORI DIRETTI A DARE CERTEZZA AGLI OPERATORI ECONOMICI.

Dalla quanto sin d’ora esposto si può evincere come la determinazione del prezzo di libera concorrenza di un *intangible* oggetto di una transazione presenta una complessità derivante anche da un insieme di diversi fattori relativi alla transazione, estrinseci strettamente al singolo bene immateriale. Ciò che spiega, ad esempio, la diversa prospettiva assunta dalle “*International Valuation Standard*” rispetto alle Guidelines Ocse nella valutazione dei medesimi.

Infatti, mentre le prime tendono ad identificare con immediatezza il valore da attribuire ai beni *intangibles* a prescindere dal’essere o meno oggetto di una transazione, le seconde considerano gli *intangibles* imprescindibilmente come parte di una transazione.

Tale ulteriore considerazione porta a concludere che, nell’ambito del *transfer pricing* con oggetto *intangibles*, l’analisi di comparabilità debba riferirsi alla transazione più che all’oggetto della medesima, aderendosi all’impostazione statunitense del modello di determinazione del corrispettivo del *comparable uncontrolled transaction* (anche brevemente CUT).

Tali presupposti differenti portano all'affermazione del principio dell' *arms' lenght*, volto alla considerazione prevalente di un'analisi funzionale della stessa transazione, dove la singola transazione non può considerarsi avulsa dal contesto del gruppo multinazionale nell'ambito del quale viene effettuata.

Ne discende che per quanto l'Ocse abbia, come già ribadito, ben motivato la mancata adesione al "*formulary apportionment*", ad ogni modo ha dato sviluppo al profit shifting nell'ottica di un'analisi dei risultati di tutto il gruppo societario¹⁴⁶.

Da una prospettiva politica, l' "*International Monetary Fund*" suggerisce che il progetto internazionale per sconfiggere il BEPS dovrebbe considerare di adottare un approccio ibrido che possa incorporare sia il "*formulary apportionment*" che l' "*arm's length principles*". Ciò comporterebbe il calcolo della base imponibile su base unitaria e l'applicazione di semplici metodi di determinazione del prezzo a condizioni di mercato quando la loro applicazione sia evidentemente semplice. Successivamente la "*formulary apportionment*" potrebbe anche essere utilizzata per "*allocare gli utili di gruppo non aggregati, ma il profitto residuo che rimane dopo la contabilizzazione delle transazioni at arm's lenght*".

D'altra parte, tale approccio non si discosta considerevolmente dall'approccio dell'OCSE post- Beps, rispetto al principio dell' *arm's length*. Ciò che contraddistingue l'approccio port – Beps è la consapevolezza nel mondo economico globalizzato della necessità

¹⁴⁶ Sul punto rileva la recente pubblicazione di M. Pankiv, *Contemporary Application of the Arm's Length Principle in Transfer Pricing*, Online Books IBFD (accessed 22 June 2017)

dell'utilizzo congiunto di più strumenti per giungere ad una corretta allocazione del reddito imponibile prodotto.

Il principio dell'*arm's lenght* come anche del *formulary apportionment*, anche congiuntamente utilizzati, non sono di per sé sufficienti. In realtà, si è giunti alla consapevolezza che ciascuna singola transazione necessita di una soluzione adeguata in dipendenza del suo oggetto: anche nell'ambito degli *intangibles* risulta opportuno effettuare una distinzione tra beni suscettibili di essere comparabili e beni la cui esclusività ed innovazione escludono a priori l'esistenza di una comparabilità.

Infatti, nel caso di prestazioni di servizi a basso valore aggiunto, prestazioni di finanziamenti fruttiferi ovvero transazioni aventi ad oggetto beni intangibili di facile comparabilità, sarebbe opportuno introdurre delle regole comuni di determinazione del valore normale, che non provengano solo da mero *soft law*. In tal prospettiva si inseriscono i c.d. "*Safes Harbour*", che, diffusi negli altri ordinamenti giuridici, dovrebbero essere sviluppati anche a livello europeo con una regolamentazione comune con valenza normativa maggiore delle raccomandazioni sin d'ora espresse dall'*European Joint Transfer Pricing Forum (JTPF)*, nel documento intitolato "*Guidelines on low value adding intra-group services*"¹⁴⁷.

¹⁴⁷ In merito vedasi Parte II capitolo 2.

Capitolo 1. I “*Safe Harbours*” e la necessità di una disciplina a livello europeo con efficacia regolamentante.

Nella prospettiva, infatti, di favorire un approccio preventivo di determinazione del reddito imponibile si inserisce la previsione dell’Ocse dei c.d. “*Safe Harbour*”¹⁴⁸. Quest’ultimi sono strumenti di definizione semplificata del *transfer pricing*. Si tratta di regole preventive e generali semplificate per l’applicazione di alcune metodologie di determinazione del prezzo accettate dalle Amministrazioni Fiscali, come per il caso di determinazione del prezzo delle prestazioni di servizi a basso valore aggiunto.

Secondo la prassi, un tipico esempio di *Safe Harbours* potrebbe prevedere l'esenzione dall'osservanza di schemi normativi classici, regolanti la materia di un determinato Paese, obbligando l'operatore ad adeguarsi a dei prezzi predeterminati, agganciati a dei parametri minimi; un altro esempio, potrebbe essere rappresentato dall'individuazione di procedure semplificate per la determinazione dei prezzi medesimi (vedi, ad esempio, la predeterminazione di diversi valori nel cui ambito possono collocarsi quelli stabiliti dai contribuenti).

L’Ocse in un primo momento con le *Guidelines* 1995 si era espresso sfavorevolmente nei confronti dei *Safes Harbour*, in quanto per lo più si trattavano di regole unilaterali. L’unilateralità, che le caratterizzavano, comportava il rischio del loro mancato riconoscimento da parte di tutte le Amministrazioni Fiscali interessate

¹⁴⁸ STRATA M. D'INVERNO G. *Transfer pricing: i safe harbours e gli advance pricing agreements*, in "il fisco" n. 30 del 29 luglio 2002, pag. 1-4791.

dalla transazione, soprattutto nel caso in cui i valori tendessero a discostarsi dal prezzo di libera concorrenza.

Ciò, quindi, poteva determinare il rischio di una doppia tassazione. Nonostante ciò, gli aspetti positivi di consentire certezza e prevedibilità sul prezzo di libera concorrenza a tutti agli operatori economici, sia contribuenti che amministrazioni finanziarie, con riduzione del rischio di contenzioso, ha portato una loro notevole diffusione soprattutto nei confronti di imprese minori e transazioni di beni con basso valore aggiunto. Si tratta di pratiche oramai comuni a più paesi avanzati e meno. Negli Stati Uniti, per la determinazione del tasso d'interesse per le prestazioni di finanziamento *inter company*, una società può applicare l'USA AFR (Federal Applicable Rate), che viene pubblicato dall'IRS ogni mese. Il Messico ha la prescrizione denominata della "*Maquiladora*", che influenza le filiali messicane di produzione. Le *Guidelines* 2017 dedicano un intero capitolo ai *Safes Harbour*, evidenziandone gli aspetti positivi¹⁴⁹. Soprattutto, si evidenzia l'importanza della loro introduzione in quanto consentono da un lato di dare certezza alle imprese e dall'altro lato alle Amministrazioni Finanziarie di concentrarsi sull'analisi delle

¹⁴⁹ Guidelines Ocse 2017: "4.105 *The basic benefits of safe harbours are as follows: Simplifying compliance and reducing compliance costs for eligible taxpayers in determining and documenting appropriate conditions for qualifying controlled transactions; Providing certainty to eligible taxpayers that the price charged or paid on qualifying controlled transactions will be accepted by the tax administrations that have adopted the safe harbour with a limited audit or without an audit beyond ensuring the taxpayer has met the eligibility conditions of, and complied with, the safe harbour provisions; Permitting tax administrations to redirect their administrative resources from the examination of lower risk transactions to examinations of more complex or higher risk transactions and taxpayers.*".

transazioni più complesse. Vengono confermati gli aspetti negativi, che potrebbero sconsigliare il loro utilizzo in maniera generalizzata¹⁵⁰.

La previsione legislativa in uno Stato dei *Safes Harbour* comporta l'accettazione da parte del primo di un minor introito finanziario, derivante dal fatto che l'applicazione della disciplina dei *Safes Harbour* potrebbe essere difforme dall'*Arm's length*. Tale svantaggio è compensato dai minori costi derivanti dal verificare se una transazione è stata posta in essere all'*Arm's length*. Ne discende che i *Safes harbour* possono essere solo una soluzione limitata a casi semplici in cui possano essere introdotte delle regole certe e il più possibile aderenti all'*arm's length*, come nel caso statunitense della predeterminazione dei tassi d'interesse per le transazioni finanziari *inter company*.

In tali casi viene dall'Ocse incentivato il loro utilizzo, anche mediante l'introduzione dei medesimi in trattati multilaterali al fine di evitare le conseguenze di doppie tassazioni¹⁵¹. Vi sono Stati, quali

¹⁵⁰ 4.110 *The availability of safe harbours for a given category of taxpayers or transactions may have adverse consequences. These concerns stem from the fact that: The implementation of a safe harbour in a given country may lead to taxable income being reported that is not in accordance with the arm's length principle; Safe harbours may increase the risk of double taxation or double non-taxation when adopted unilaterally; Safe harbours potentially open avenues for inappropriate tax planning, and Safe harbours may raise issues of equity and uniformity.*

¹⁵¹ Guidelines 2017: "4.130 *Where safe harbours can be negotiated on a bilateral or multilateral basis, they may provide significant relief from compliance burdens and administrative complexity without creating problems of double taxation or double non-taxation. Therefore, the use of bilateral or multilateral safe harbours under the right circumstances should be encouraged.* 4.131 *It should be clearly recognised that a safe harbour, whether adopted on a unilateral or bilateral basis, is in no way binding on or precedential for countries which have not themselves adopted the safe harbour.*".

l'India, che hanno introdotto tali regolamentazioni in via legislativa a decorrere dal 2009, disciplinando i tassi di interesse delle transazioni finanziari ed, anche, le stese prestazioni di garanzia. Tale regolamentazione legislativa in India viene vista positivamente da parte delle imprese, in quanto permette una riduzione dei costi in relazione agli oneri documentali ed eventuali costi di contenzioso¹⁵².

In ambito europeo, per quanto il *Joint Transfer Pricing Forum* abbia nel tempo pubblicato alcune linee guida che incentivino l'utilizzo di *Safe Harbour* soprattutto per le piccole multinazionali, non è stata realmente assunta nessuna iniziativa al fine di darne un concreto sviluppo in Europa, seppur, da un lato, consentirebbero una maggior certezza dell'operato per le imprese europee e dall'altro lato ridurrebbero l'utilizzo di APA e MAP.

Ne discende che a livello europeo si è fatto veramente poco per cercare di uniformare la disciplina sul punto. L'introduzione di *Safes Harbour* dal punto di vista legislativo tramite un regolamento sarebbe assolutamente da sostenere. Da un lato, rappresenterebbe una semplificazione in termini di adempimenti e di documentazione per le imprese che si adeguassero e per le Amministrazioni Fiscali dedite ai relativi controlli. Dall'altro lato, l'incorporazione di tali precetti nell'ambito di un regolamento eviterebbe almeno a livello europeo questioni di doppia imposizione.

Purtroppo, ci si vede costretti ad affermare che a livello europeo sul punto si è proceduto lentamente. Gli stessi lavori del *Joint transfer*

¹⁵²V. Bhatnagar, *Safe Harbour Rules: Are They Really Safe from a Taxpayer Perspective?*, *International Transfer Pricing Journal*, January/February, 2014, p. 44 e ss.

pricing forum ed in particolare le “*Guidelines on low value adding intra-group services*” non sono stati riversati in disposti normativi, rimangono forme di raccomandazioni, tra l’altro prive di alcun *appeal* rispetto alle *Guidelines* OCSE che possono godere di un riconoscimento internazionale. In tal guisa, non si sfruttano le potenzialità che potrebbero conseguire dall’avere l’unità europea ad integrale svantaggio della competitività delle proprie imprese.

Capitolo 2. Il progetto per il *Common Consolidated Tax Base* (CCTB).

A fine di dare un'uniformità di imposizione tra le imprese che risiedono nell'ambito dell'Unione Europea, quest'ultima già a partire dal 2011 aveva espresso una proposta di direttiva per una base imponibile consolidata comune per le società (nel prosieguo anche *Common Corporate Consolidated Tax Base*, o in breve anche "CCCTB") ed una serie unica di regole per calcolare gli utili imponibili delle società nell'UE. Con la CCCTB, le società multinazionali dovrebbero solo conformarsi a un unico sistema UE per il calcolo del reddito imponibile, piuttosto che a diversi regolamenti nazionali¹⁵³.

Tale progetto in un primo momento abbandonato per il mancato accordo tra gli Stati, è stato ripreso dall'Unione Europea a decorrere dal 2016 quale strumento indispensabile per evitare la riduzione delle basi imponibili tramite il *profit shifting*¹⁵⁴. La proposta di Direttiva per il nuovo Commone Corporate Tax Base (CCTB) vorrebbe superare le problematiche di doppia tassazione senz'incorrere negli elevati costi di conformità riferibili alla applicazione della normativa nazionale e convenzionale in materia prezzi di trasferimento.

La proposta di Direttiva si fonda, infatti, sull'adozione di un meccanismo di consolidamento degli utili (e perdite) realizzati dalle varie entità di un gruppo societario, che permette di non considerare ai fini fiscali le operazioni infragruppo transfrontaliere effettuate all'interno della UE (disattendendo quindi l'applicazione del

¹⁵³ The results of the CCTB working group can be found online: www.ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/common_tax_base/index_en.html

¹⁵⁴ Si tratta della Proposta di Direttiva del 25.10.2016 COM685 n. 2016/0337 (CNS).

principio di libera concorrenza come criterio di valutazione di siffatte operazioni). Tale regime avrebbe la finalità di superare i problemi di doppia imposizione economica internazionale.

Le problematiche che si pongono a fronte di tale progetto sono plurime, tra cui l'introduzione di una disciplina sulla definizione di gruppo societario e se la medesima debba riferirsi ad un concetto giuridico od economico¹⁵⁵.

In ogni caso, la maggior problematica inerisce all'individuazione di una formula corretta per la ripartizione degli utili tra i diversi stati membri. Soprattutto, le difficoltà consistono nel trovare un accordo tra i diversi paesi per la corretta formula da adottare.

La formula del CCTb ad ogni qualmodo secondo la proposta di direttiva però non include gli intangibles¹⁵⁶.

Si ritiene che l'inclusione derivi indirettamente dal fatto che si considerano i costi sostenuti per il personale destinato alla ricerca e sviluppo, ma in realtà in tal guisa si considerano i costi e non il valore aggiunto creato dagli intangibles¹⁵⁷.

Non solo, quindi, il CCTB non è idoneo a risolvere la questione del maggior valore ricavabile dall'utilizzo di intangibles nell'ambito delle operazioni intessute nell'ambito di sua operatività, bensì non risolve la questione delle transazioni intervenute tra paesi non membri.

¹⁵⁵ N. Herzig, M. Teschke, C. Joisten, *Between Extremes: Merging the Advantages of Separate Accounting and Unitary Taxation*, in INTERTAX, 2010, Volume 38, p. 334 e ss..

¹⁵⁶ A. T'ng, *The Modern Marketplace, the Rise of Intangibles and Transfer Pricing*, INTERTAX, Volume 44, Issue 53, 2016.

¹⁵⁷ Come indicato dall'autore A. T'ng, cit. in nota 155, "Consequently, the fact that intangibles are not included in the equation means that the allocation formula is not representative of value creation alignment and weakens the overall effectiveness of the allocation method as an anti-avoidance tool. Furthermore, considering that the CCTB is a 'water's edge' policy, transfer pricing manipulation with respect to intangibles and cost-sharing arrangements may still apply by moving intangibles to non-EU countries."

Di fronte a questo stallo legislativo, si sviluppano sempre più gli APA e forme di preventivo accordo con le Amministrazioni Fiscali, come diretta conseguenza dell'incertezza e parzialità dell'applicazione della disciplina fiscale.

Capitolo 3. Gli Advance Pricing Agreement (c.d. APA) unilaterali e multilaterali *Il rapporto tra i ruling e procedure amichevoli per evitare la doppia imposizione (Mutual Agreement Procedure c.d. Map). La “Convenzione Multilaterale per l’attuazione di misure relative alle Convenzioni Fiscali finalizzate a prevenire l’erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti”.*

Gli *Advance Pricing Agreements* (di seguito anche brevemente APA) sono accordi preventivi tra il contribuente e l'Amministrazione Finanziaria in base ai quali si prevedono, prima dell'effettuazione delle transazioni infragruppo, i criteri e le modalità che porteranno alla determinazione del giusto prezzo di trasferimento.

La funzione degli APA è quella di integrare gli strumenti amministrativi e giudiziari tipici al fine di dirimere le questioni attinenti al *transfer pricing*. Vennero introdotti dall'OCSE, con la pubblicazione del Rapporto del 1995; la medesima poi interveniva nuovamente su questa figura di accordo tra contribuenti e Amministrazioni finanziarie, introducendo un supplemento dal titolo: *Guidelines for Conducting Advance Pricing Arrangements under the Mutual Agreement Procedure*¹⁵⁸.

L'OCSE, trattando tale problematica, ha avuto modo di constatare che nei singoli Paesi (potenziali destinatari di tali accordi) non mancano strumenti legislativi in grado di rilevare aprioristicamente la posizione dell'Amministrazione fiscale in materia di *transfer pricing*: ad esempio, in Italia, la L. 27 luglio 2000, n. 212 ha rivisitato l'istituto del cosiddetto "*interpello*".

¹⁵⁸ Le linee guida per i procedimenti di accordi preventivi sono state incluse nella versione delle OECD GUIDELINES rilasciata nel 1998.

Vi è, però, la necessità di uniformare a livello internazionale ed europeo tali procedimenti e, soprattutto, sviluppare procedimenti amministrativi che coinvolgano tutti gli Stati interessati dall'accordo al fine di evitare doppie imposizioni.

In tal prospettiva, gli Apa si distinguono in unilaterali, bilaterali o multilaterali; quest'ultimi intervengono qualora vengano interessati altri Stati nell'accordo.

In quest'ultimo caso, gli Apa sarebbero secondo la stessa Ocse da ricomprendere nell'ambito della previsione dell'articolo 25 del Modello di Convenzione per la doppia imposizione e, quindi, si dovrebbe procedere come indicato dal detto disposto convenzionale¹⁵⁹.

Infatti, se le Amministrazioni Finanziarie interessate non concordano sull'ammontare e sulla natura della rettifica da effettuarsi trova applicazione la procedura amichevole di cui all'art. 25 del Modello Ocse. Inoltre, qualora la controversia da rettifiche divergenti coinvolga Amministrazioni Finanziarie da due Stati membri dell'Unione Europea, potrà trovare applicazione la convenzione n. 90/436/CEE, la quale prevede una procedura arbitrale diretta ad evitare le doppie imposizioni derivanti da modifiche divergenti dei prezzi di trasferimento praticanti tra imprese associate¹⁶⁰, di cui si dirà meglio infra.

Le Guidelines Ocse 2017 evidenziano la differenza tra gli APA ed in generale i *ruling*, in quanto i primi implicano un'analisi più

¹⁵⁹ Guidelines OCSE 2017: “F.2 4.150 Possible approaches for legal and administrative rules governing advance pricing arrangements”.

¹⁶⁰ P. Valente, *Manuale del Transfer pricing*, 2012, p. 1528.

profonda dell'operato della società interessata e dei controlli e riscontri per tutta la durata degli APA stessi¹⁶¹.

L'oggetto degli accordi preventivi può essere alternativamente costituito dall'identificazione dei metodi di calcolo previsti dal *transfer pricing*, dall'applicazione ad un caso concreto di norme, anche di origine convenzionale, riguardanti l'esistenza o l'attribuzione degli utili ad una stabile organizzazione in Italia di soggetti esteri e viceversa, la tassazione dei dividendi, interessi e royalties inbound o outbound, la definizione dei valori di uscita o di ingresso in caso di *exit tax*.

L'Ocse delinea alcune caratteristiche che dovrebbero avere gli APA. Innanzitutto, si precisa che, essendo accordi assunti per una pluralità di anni, dovrebbero fondarsi sull'adozione di criteri e metodologie generali senza andare nello specifico. L'eventuale specificità dell'accordo potrebbe portare nel tempo all'inadeguatezza del medesimo rispetto a variazioni dell'attività di gestione dell'impresa. Onde, la stessa OCSE consiglia una certa genericità dell'accordo intessuto.

Naturalmente, la maggior specificità dell'accordo potrebbe portare anche all'impossibilità da parte dell'impresa di rispettarlo con la possibilità che l'Amministrazione Finanziaria proceda ad un eventuale annullamento del medesimo.

¹⁶¹ Guidelines OCSE 2017: "*The APA differs from the classic ruling procedure, in that it requires the detailed review and to the extent appropriate, verification of the factual assumptions on which the determination of legal consequences is based, before any such determination can be made. Further, the APA provides for a continual monitoring of whether the factual assumptions remain valid throughout the course of the APA period*".

Ulteriore grave criticità relativa alla diffusione degli APA inerisce al fatto che una loro eventuale diffusione comporta uno sforzo per le Amministrazioni Fiscali enormi ed una deviazione delle risorse più preparate alla predisposizione degli accordi, piuttosto che al controllo delle società.

Tali criticità rilevate dall'Ocse sono considerevolmente evidenti anche in Italia con l'introduzione del regime del *Patent Box*.

La deviazione di gran parte del personale all'analisi di dette istanze ha portato inevitabilmente ad una diminuzione delle attività di verifica.

Non solo i costi sottesi al conseguimento di un accordo lo rendono poco accessibile alle PMI. In Italia con il Patent Box si è risolta tale questione imponendo all'Amministrazione di indicare lei un accordo anche in assenza di proposta dell'impresa, ma ovviamente ciò implica un dispendio di ulteriori forze notevoli. In tal modo, però, si è accolta l'impostazione dell'Ocse, che consiglia vivamente l'ammissione a tali procedure per tutti i contribuenti, a prescindere dalla diversità delle dimensioni, al fine di non comportare discriminazioni.

L'ulteriore questione inerisce al caso in cui non si riesca a raggiungere un accordo per un Apa bilaterale.

Nell'aggiornamento del 2008 al modello di convenzione fiscale dell'OCSE, l'articolo 25 è stato integrato con un nuovo paragrafo 5 che prevede che, nei casi in cui le autorità competenti non siano in grado di raggiungere un accordo entro due anni, i problemi irrisolti saranno,

su richiesta della persona che ha presentato il caso, affrontati attraverso un processo di arbitrato.

Questa estensione della procedura di mutuo accordo garantisce che, qualora le autorità competenti non riescano a raggiungere un accordo su una o più questioni che impediscono la risoluzione di un caso, una soluzione del caso sarà ancora possibile sottoponendo tali questioni all'arbitrato. L'arbitrato ai sensi dell'articolo 25, paragrafo 5, è parte integrante della procedura di mutuo accordo e non costituisce un percorso alternativo per risolvere le controversie sui trattati fiscali tra gli Stati.

Tale questione evidenzia un problema di natura più generale inerente all'inadeguatezza del modello bilaterale di convenzione per la doppia imposizione ad adeguarsi ed innovarsi rispetto allo sviluppo economico sempre più accelerato derivante dalla globalizzazione¹⁶².

¹⁶² B. Ferroni, *Firmata la Convenzione multilaterale del progetto BEPS: effetti su migliaia di trattati fiscali in tutto il mondo*, in "Il fisco" n. 30 del 2017, pag. 1-2952, secondo cui: "Infatti, il nuovo contesto economico internazionale globalizzato ha amplificato l'effetto dei vuoti normativi e delle differenze nei sistemi fiscali dei diversi Paesi e di conseguenza alcune caratteristiche dell'attuale sistema consentono gli arbitraggi e le pratiche elusive identificate nel BEPS e impongono la necessità di apportare adeguate correzioni. Non a caso il sostegno al Piano BEPS da parte dei leader del G20 ha fornito un endorsement politico senza precedenti per adattare l'attuale sistema fiscale internazionale alle sfide della globalizzazione. Oltre a ciò, la natura e la dimensione dell'attuale sistema di trattati fiscali bilaterali rende gli aggiornamenti particolarmente complessi e i problemi sempre più rilevanti e diffusi che insorgono nel frattempo non possono essere affrontati tempestivamente su scala globale. Infatti, quand'anche una modifica del Modello OCSE trovasse un ampio consenso, sarebbero sempre necessari tempi lunghi e il dispendio di molte risorse per introdurre tale variazione nella maggior parte dei trattati. Conseguentemente, l'attuale network non è ben sincronizzato con i modelli di trattato e questo è in evidente contraddizione con gli obiettivi politici di rafforzamento dell'attuale sistema mediante la soluzione dei problemi BEPS che passa, in parte, attraverso la modifica del network dei trattati bilaterali."

; R. Rizzardi, *Con la Convenzione multilaterale le azioni Bpes entrano direttamente negli accordi dei singoli Stati*, in *Corriere Tributario*, n. 3/2017, p. 223 e ss.; Y. Brauner, *McBEPS: The MLI – The First Multilateral Tax Treaty that Has Never Been*, *INTERTAX*, 2018, Volume 46, Issue 1, p. 6 e ss.

A seguito di tale analisi, si è proceduto con un approccio innovativo per definire un nuovo strumento multilaterale a mezzo del quale si ottenga una simultanea rinegoziazione di migliaia di trattati bilaterali ed un rapido aggiornamento all'evoluzione dell'economia globale.

A tal fine, il 7 giugno 2017, 67 Paesi facenti parte dell'OCSE - ma con l'assenza degli Stati Uniti d'America - hanno dato avvio alla Convenzione multilaterale di recepimento delle raccomandazioni BEPS, che consentirà di modificare con un unico strumento le oltre tre mila convenzioni contro le doppie imposizioni già esistenti, senza la necessità di ricorrere a negoziazioni bilaterali tra i singoli Stati. Con l'adozione di una sola legge di ratifica, ciascuno Stato vedrà modificati i trattati bilaterali dai medesimi contratti sino a questo momento.

La Convenzione Multilaterale è lo strumento con cui l'Ocse intende dare effettività alle conclusioni raggiunte con il progetto Beps. Vi sono alcune regole che ciascun Stato contraente può decidere se applicare o meno, prevedendosi per alcuni casi differenti opzioni. Tra quest'ultime si evidenziano le tre Opzioni fornite dall'articolo 5 dedicato alle modalità per evitare la doppia imposizione come anche la mancata imposizione, con la precisazione che uno Stato contraente può anche non effettuare alcuna scelta. Le parti V e VI della Convenzione Multilaterale sono dirette a rafforzare le procedure amichevoli ed arbitrarie per la risoluzione dei conflitti.

L'importanza del nuovo accordo multilaterale OCSE consiste quindi nella sostituzione dell'articolo 25 di ciascun trattato in vigore

con le norme della nuova sezione, ma soprattutto nell'aprire una porta ad un sistema innovativo di stipulazione di trattati, che superi la bilateralità delle parti.

La sottoscrizione di tale Convenzione ha fatto comprendere che ulteriori integrazioni fiscali tra Stati sia possibile appunto con tali strumenti di accordi multilaterali.

Si è, però, anche contestato¹⁶³ che la ratifica di tale Convenzione potrà portare un aggravio fiscale alle imprese, soprattutto italiane, oltre al fatto che la possibilità di apporre riserve ed opzioni comporta comunque l'assenza di uniformità di disciplina. Seppur, quindi, si riconosce l'utilità di tali strumenti, il loro utilizzo deve concorrere con ulteriori tentativi di uniformazione della disciplina tributaria, soprattutto a livello europeo.

¹⁶³ C. Garbarino, P. Occhiuto: **Lo Strumento multilaterale per la modifica dei trattati contro le doppie imposizioni**, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 2 / 2018, p. 44 e ss. che conclude: "a una prima valutazione della MLI e con particolare riferimento alla posizione dell'Italia, emerge che le principali criticità che le imprese dovranno affrontare sono: (i) sia di ordine economico e..., (ii) sia di ordine giuridico, considerata l'assenza di coordinamento con la normativa UE, la giurisprudenza e la norma interna. Inoltre, come si è cercato di illustrare, al fine di abbreviare i tempi di recepimento di azioni del progetto BEPS da parte del maggior numero di giurisdizioni, si è reso necessario dotare lo strumento di un ampio margine di flessibilità, ... con l'effetto di un ridimensionamento degli impatti che concretamente tale strumento sarà in grado di determinare. Ridimensionamento reso ancor più accentuato se si considera anche l'astensione di talune importanti giurisdizioni, in primis gli Stati Uniti. ..., la concreta applicazione della MLI appare complessa (a volte incerta), e presuppone necessariamente un'analisi caso per caso, che passa attraverso una continua verifica di simmetrie e convergenze "a coppia", facendo sostanzialmente venir meno la stessa natura **multilaterale** dello strumento".

Capitolo 4. La Convenzione arbitrale (Direttiva 90/463/CEE) ed i meccanismi di risoluzione delle controversie in materia fiscale nell'Unione europea (Direttiva UE 2017/1852).

La convenzione sull'arbitrato dell'Unione Europea prevista dalla Direttiva 90/463/EEC, emanata il 23 luglio 1990, stabilisce una procedura arbitrale per evitare la doppia imposizione in caso di rettifica degli utili fra imprese associate di Stati membri diversi.

Sebbene la maggior parte dei trattati bilaterali contro la doppia imposizione includa una disposizione per un corrispondente adeguamento al ribasso degli utili dell'impresa associata interessata, generalmente non impongono agli Stati contraenti un obbligo vincolante di eliminare la doppia imposizione.

La Convenzione prevede l'eliminazione delle doppie imposizioni per accordo tra gli Stati contraenti, incluso, se necessario, con riferimento al parere di un organo consultivo indipendente. La Convenzione mira, quindi, a migliorare le condizioni per le attività transfrontaliere nel mercato interno, seppur sia limitata alle controversie inerenti all'applicazione della disciplina del transfer pricing.¹⁶⁴

Secondo il disposto dell'art. 6, l'ente ha la facoltà di sottoporre la propria controversia all'autorità competente dello Stato contraente di cui risiede o nel quale è situata la sua stabile organizzazione,

¹⁶⁴ La Convenzione sull'arbitrato ebbe origine da una proposta della Commissione del 1976, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale C 301 del 21 dicembre 1976, di una direttiva volta ad eliminare la doppia imposizione nel caso di trasferimenti di utili tra imprese associate in diversi Stati membri (il Libro bianco del 1985 Il libro Bianco è stato varato a Milano nel 28-29 giugno 1985 dal Consiglio Europeo COM(85) 310, giugno 1985). Si presentava come uno strumento innovativo per le imprese al fine di eliminare la doppia imposizione in caso di rettifica dei prezzi di trasferimento.

indipendentemente dai ricorsi previsti dalla legislazione nazionale degli Stati contraenti interessati.

La procedura arbitrale rappresenta, quindi, una modalità alternativa al contenzioso.

Per quanto attiene al meccanismo di funzionamento, il caso deve essere sottoposto entro i tre anni che seguono la notifica della misura nazionale. Se tra le autorità dei diversi paesi non si raggiunge un accordo che elimini la doppia imposizione, l'art. 7 della Convenzione arbitrale dispone che le medesime istituiscano una Commissione consultiva per pronunciarsi sul modo di eliminare tale doppia imposizione.

Secondo quanto disposto dall'art. 11, la Commissione consultiva dovrebbe pronunciarsi entro i sei mesi dalla data in cui è stata adita. Entro i sei mesi dalla data in cui la Commissione consultiva ha reso il suo parere, le autorità competenti adottano una decisione volta ad eliminare la doppia imposizione, non necessariamente conforme a quanto statuito dalla Commissione stessa; se, invece, le autorità competenti non raggiungono un accordo, esse sono tenute a conformarsi al predetto parere.

Sia a livello nazionale, che europeo si è rilevata l'inadeguatezza della Convenzione Arbitrale per difficoltà di accesso alle procedure, della durata del procedimento ed di mancato conseguimento dei risultati aspettati, una volta eseguito l'accesso¹⁶⁵.

¹⁶⁵ G. Beretta, *Supreme Court Case on the Denial of Access to the Arbitration Convention*, INTERNATIONAL TRANSFER PRICING JOURNAL, NOVEMBER/DECEMBER 2015, p. 386

Al fine di superare tali criticità, a seguito dell'accordo raggiunto nella sessione del 23 maggio 2017, il Consiglio dell'Unione Europea ha emanato in data 10 ottobre 2017 la Direttiva 2017/1852¹⁶⁶ che detta nuove e più stringenti regole per migliorare i meccanismi di risoluzione delle **controversie in materia di doppia imposizione** fiscale tra gli Stati membri¹⁶⁷;

¹⁶⁶ B. Ferroni "La nuova direttiva Ue per la risoluzione delle controversie fiscali" il fisco, 5 / 2018, p. 454 e ss..

¹⁶⁷ Il testo della Direttiva si può rinvenire in :<http://data.europa.eu/eli/dir/2017/1852/oj>. In essa si può leggere: "(1) Le situazioni in cui diversi Stati membri interpretano o applicano in modo non uniforme le disposizioni degli accordi e delle convenzioni fiscali bilaterali o della convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate (90/436/CEE) (3) («convenzione sull'arbitrato dell'Unione»), possono creare seri ostacoli fiscali per le imprese che operano a livello transfrontaliero. Essi creano un onere fiscale eccessivo per le imprese e possono provocare distorsioni economiche e inefficienze e avere un impatto negativo sugli investimenti transfrontalieri e la crescita. (2) **Per questo è necessario che nell'Unione esistano meccanismi che garantiscano l'effettiva risoluzione delle controversie relative all'interpretazione e all'applicazione di tali accordi o convenzioni fiscali bilaterali e della convenzione sull'arbitrato dell'Unione, in particolare di quelle che risultano in doppie imposizioni.** I meccanismi attualmente previsti dagli accordi o convenzioni fiscali bilaterali e dalla convenzione sull'arbitrato dell'Unione non sempre potrebbero consentire l'effettiva risoluzione di tali controversie in maniera tempestiva. L'attività di controllo condotta nel quadro dell'attuazione della convenzione sull'arbitrato dell'Unione ha evidenziato alcune importanti lacune, in particolare per quanto **riguarda l'accesso, la durata e l'effettiva conclusione della procedura.** (4) Al fine di creare un contesto fiscale più equo, è necessario potenziare le norme in materia di trasparenza e rafforzare le misure anti-elusione. **Allo stesso tempo, nello spirito di un sistema fiscale equo, è necessario assicurare che i meccanismi di risoluzione delle controversie siano completi, efficaci e sostenibili.** È inoltre necessario migliorare i meccanismi di risoluzione delle controversie per far fronte al rischio che aumenti il numero di controversie in materia di doppia o multipla imposizione con importi potenzialmente elevati, per il fatto che le amministrazioni fiscali hanno posto in essere pratiche di controllo più regolari e mirate. È fondamentale introdurre un quadro efficace ed efficiente per la risoluzione delle controversie in materia fiscale che garantisca la certezza del diritto e un ambiente favorevole alle imprese per gli investimenti, al fine di realizzare sistemi fiscali equi ed efficienti all'interno dell'Unione. I meccanismi di risoluzione delle controversie dovrebbero inoltre creare un quadro armonizzato e trasparente per risolvere le controversie e, in tal modo, offrire vantaggi a tutti i contribuenti. La risoluzione delle controversie dovrebbe applicarsi alla diversa interpretazione e applicazione degli accordi o convenzioni fiscali bilaterali e della convenzione sull'arbitrato dell'Unione — specie alla diversa interpretazione e applicazione che risultano in doppie imposizioni. Ciò dovrebbe essere conseguito attraverso una procedura che preveda, come primo passo, la presentazione del caso alle autorità fiscali degli Stati membri interessati, al fine di risolvere la controversia utilizzando una procedura amichevole. Gli Stati membri dovrebbero essere incoraggiati a ricorrere a forme alternative non vincolanti di risoluzione delle controversie, come ad esempio la mediazione o la conciliazione, durante le fasi finali del periodo coperto dalla procedura amichevole. Se entro un determinato periodo di tempo non viene raggiunto un accordo, il caso dovrebbe essere oggetto di una procedura di risoluzione delle controversie. La scelta del metodo per la risoluzione delle controversie dovrebbe essere flessibile tale da consentire il ricorso a strutture ad hoc o a strutture più permanenti. Le procedure di risoluzione delle controversie potrebbero assumere la forma di una commissione consultiva, composta da rappresentanti delle autorità fiscali interessate e personalità indipendenti, o potrebbero assumere la forma di una commissione per la risoluzione alternativa delle controversie (la quale garantirebbe la flessibilità

La Direttiva, quindi, si propone quale scopo quello di introdurre un meccanismo per risolvere le controversie che emergano dall'interpretazione ed applicazione di accordi e Convenzioni che prevedano l'eliminazione della doppia imposizione del reddito e del capitale.

Essa ha, quindi, un ambito sia oggettivo che soggettivo di applicazione più esteso della Convenzione arbitrale.

Si istituisce un procedimento di reclamo attivabile da qualsiasi contribuente, incluso un privato, residente in uno Stato membro a fini fiscali, nei confronti del quale è stato irrogato un provvedimento amministrativo, che ha comportato o comporterà la doppia imposizione. Il reclamo deve essere notificato a ciascuna autorità competente ed indicare gli altri Stati membri interessati. Nel caso di accettazione del reclamo, le autorità competenti si adoperano per risolvere la questione controversa mediante **procedura amichevole** nel termine massimo di tre anni. In

*nella scelta dei metodi per la risoluzione delle controversie). Inoltre, se del caso, gli Stati membri potrebbero scegliere, mediante accordo bilaterale, al fine di risolvere la controversia in modo vincolante, di far ricorso a un'altra procedura di risoluzione delle controversie come la procedura arbitrale con «offerta finale» (altrimenti nota come arbitrato sulla «migliore ultima offerta»). Le autorità fiscali dovrebbero adottare una decisione finale vincolante in riferimento al **parere di una commissione consultiva o di una commissione per la risoluzione alternativa delle controversie**. Il meccanismo migliorato di risoluzione delle controversie dovrebbe basarsi sui sistemi esistenti nell'Unione, compresa la convenzione sull'arbitrato dell'Unione. Tuttavia, l'ambito di applicazione della presente direttiva dovrebbe essere più ampio rispetto a quello della convenzione sull'arbitrato dell'Unione, che si limita alle controversie in materia di prezzi di trasferimento e di attribuzione degli utili alle stabili organizzazioni. La presente direttiva dovrebbe applicarsi a tutti i contribuenti che sono soggetti a imposte sul reddito e sul capitale contemplate dagli accordi o convenzioni fiscali bilaterali e dalla convenzione sull'arbitrato dell'Unione. Nel contempo, i privati, le microimprese e le piccole e medie imprese dovrebbero avere minori oneri amministrativi quando utilizzano la procedura di risoluzione delle controversie. Oltre a quanto precede, è opportuno rafforzare la fase di risoluzione delle controversie. In particolare, è necessario prevedere un limite di tempo per la durata della procedura di risoluzione delle controversie in materia di doppia imposizione e stabilire i termini e le condizioni della procedura per i contribuenti. Al fine di garantire condizioni uniformi di esecuzione della presente direttiva, è opportuno attribuire alla Commissione competenze di esecuzione. Tali competenze dovrebbero essere esercitate conformemente al regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio (1).*

caso di mancato accordo, su richiesta dell'interessato, le autorità competenti istituiscono una **Commissione consultiva** che esprime un parere su come risolvere la questione controversa.

Le autorità competenti degli Stati membri interessati possono, altresì, concordare di istituire una **Commissione per la risoluzione alternativa delle controversie** ovvero un **comitato permanente**.

Il parere di tali organi è vincolante per gli Stati coinvolti, salvo che i medesimi non rinviengano un accordo diverso. Tale decisione viene applicata a condizione che i soggetti interessati la accettino e rinuncino al diritto ai mezzi di impugnazione interni entro 60 giorni dalla data della notifica. In caso di mancata attuazione, il soggetto interessato può chiedere al Tribunale competente dello Stato membro l'imposizione dell'attuazione (Articolo 15).

La nuova Direttiva UE, quindi, tende a recepire le indicazioni previste dalle *Actions* 14 e 15 del Progetto *Beps*, rappresentando un'iniziativa importante per la formazione di un impianto normativo generale diretto alla risoluzione delle controversie sulla doppia imposizione.

Tale strumento con la previsione di una tempistica serrata per addivenire ad un accordo, con una regolamentazione dettagliata della sua interazione con i procedimenti nazionali, predisponendo modalità agevolate di accesso per i taluni contribuenti ed indicando l'obbligatorietà dell'applicazione dell'accordo, evidenzia la volontà di superare le criticità imputabili alla Convenzione Arbitrale.

Ulteriore elemento positivo della detta Direttiva è quello di non proporsi come strumento sostitutivo, bensì supportativo delle altre procedure amichevoli previste dai trattati vigenti tra i Paesi membri, che avevano rinvenuto poco successo.

Seppur si dovrà valutare la sua reale portata applicativa nel tempo, ad ogni modo la Direttiva 2017/1852 evidenzia la volontà dell'Unione Europea di trovare soluzioni comuni sulla doppia imposizione.

Capitolo 5. Le innovazioni apportate alla disciplina italiana dall'art. 59, del D.L. 24 aprile 2017, n. 50 (c.d. Manovra correttiva 2017).

Nell'ambito dell'ordinamento legislativo italiano, l'art. 110, comma 7, del T.U.I.R. prevedeva la possibilità per il contribuente di ottenere il riconoscimento delle rettifiche in diminuzione del reddito, in caso di accertamento in materia di prezzi di trasferimento, solamente nel caso di esperimento di una tra le due seguenti procedure amichevoli: quella prevista dalle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni (di seguito, "MAP da Trattato") o quella disciplinata dalla Convenzione 90/436/CEE del 23 luglio del 1990 (di seguito, "MAP da Convenzione Arbitrale").

Nell'esperienza degli ultimi anni entrambe si sono rivelate poco adeguate nell'ottica di una effettiva (e soprattutto solerte) eliminazione della doppia imposizione derivante da rettifiche dei prezzi di trasferimento. Come evidenziato nei precedenti capitoli entrambe le procedure presentano infatti svariate criticità in termini di interazione con i procedimenti amministrativi dei singoli paesi.

La normativa in questione è stata recentemente innovata a mezzo dell'art. 59, del D.L. 24 aprile 2017, n. 50 (c.d. Manovra correttiva 2017), che ha introdotto l'art. 31-quater, del D.P.R. n. 600/1973. Tale disposto normativo prevede la possibilità per il contribuente di ottenere il riconoscimento delle rettifiche in diminuzione del reddito derivanti da rideterminazione del prezzo di trasferimento di operazioni effettuate con parti correlate anche: (i) nel caso di controlli effettuati nell'ambito di attività di cooperazione internazionale, quando gli esiti sono stati condivisi da tutti gli Stati partecipanti; (ii) a seguito della presentazione di apposita istanza da

parte del contribuente, quando vi sia stata una rettifica in aumento definitiva e conforme al principio di libera concorrenza effettuata da uno Stato con il quale è in vigore una Convenzione per evitare le doppie imposizioni sui redditi che consenta un adeguato scambio di informazioni. La normativa demanda ad un Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate la definizione delle modalità e dei termini di presentazione dell'istanza.

Si è sostenuto che la nuova istanza disciplinata dall'art. 31-quater, del D.P.R. n. 600/1973 potrebbe permettere una più facile risoluzione dei accordi multilaterali, considerando che la maggior parte di esse ha ad oggetto la definizione dei prezzi di trasferimento¹⁶⁸.

A seguito dell'entrata in vigore del nuovo disposto normativo si pone la questione del coordinamento tra la medesima e le previsioni contenute nelle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni ad oggi stipulate dall'Italia (di seguito, "Convenzioni").

In effetti, si rileva che l'Italia, con particolare riferimento all'art. 9, paragrafo 2, del Modello di Convenzione OCSE si è riservata il diritto di introdurre nelle Convenzioni la specifica previsione secondo cui eventuali aggiustamenti in materia di prezzi di trasferimento dovranno essere riconosciuti solamente in seguito all'attivazione delle apposite *MAP* da Trattato¹⁶⁹.

¹⁶⁸ R. A. Papotti e M. Antonini, *Principio di libera concorrenza per la valutazione dei prezzi di trasferimento*, in *Corriere Tributario*, 22 / 2017, p. 1707 e ss.

¹⁶⁹ In effetti, la riserva ha esplicitato i propri effetti con riguardo a diverse Convenzioni stipulate dall'Italia, tra cui, a titolo esemplificativo, si ricordano quelle stipulate con: Russia, Germania, Regno Unito, Paesi Bassi, Emirati Arabi e Sud Africa.

Secondo parte di dottrina¹⁷⁰, l'introduzione delle procedure alternative alla MAP da Trattato non può essere considerata in contrasto con la riserva posta dall'Italia e con le previsioni in materia contenute nelle Convenzioni.

L'art. 169 del T.U.I.R., infatti, stabilisce che le disposizioni del T.U.I.R., ove più favorevoli al contribuente, si applichino anche in deroga agli accordi internazionali contro le doppie imposizioni.

Nel caso di specie, le procedure di cui all'art. 31-quater, richiamate dal nuovo comma 7 dell'art. 110 del T.U.I.R., devono considerarsi quale semplificazione favorevole al contribuente, come del resto più volte precisato sia nella Relazione illustrativa che nella Relazione tecnica al D.L. n. 50/2017, dovendo, quindi, trovare applicazione in ogni caso.

In Italia, inoltre, con il D. Lgs. n. 147/2015 è stata istituita la procedura di ruling, che ha inserito l'art. 31-ter nel D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 e sostituito l'interpello previsto dall'art. dell'art. 8 ex D.L. n. 269/2003 come disciplinato operativamente dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 23 luglio 2004. Tale procedura è attivabile dalle imprese che esercitano "attività internazionale" ossia le imprese residenti nel territorio dello Stato (i) che siano controllanti, controllate o sottoposte a comune

¹⁷⁰ R-A.Papotti, M. Antonini, *idem*, p. 1707, i quali auspicano che "il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate (di seguito, "Provvedimento"), da emanarsi in conformità al dettato dell'art. 31-quater, del D.P.R. n. 600/1973, possa fornire alcune indicazioni chiarificatore, volte alla delineazione di un regime quanto più possibile efficace nella realizzazione degli obiettivi che la novella normativa si è posta".

controllo con una società non residente[8], (ii) il cui patrimonio, fondo o capitale sia partecipato da soggetti non residenti (o viceversa partecipi al patrimonio, fondo o capitale di soggetti non residenti), (iii) che abbia corrisposto a, o percepito da, soggetti non residenti, dividendi, interessi, royalties o altri componenti reddituali, (iv) che eserciti la sua attività attraverso una stabile organizzazione in un altro Stato.

Capitolo 6. Gli Advance Pricing Agreement e l'eventuale contrasto con la disciplina degli Aiuti di Stato

L'Unione Europea, da un lato, quindi, cerca di sviluppare l'utilizzo di metodologie che risolvano i conflitti in materia fiscale tra Stati Membri, dall'altro lato, soprattutto con riferimento agli Apa Unilaterali si pone la questione se possano o meno integrare degli Aiuti di Stato.

Gli aiuti di Stato vietati dall'articolo 107 del TFUE sono stati ritenuti applicabili nel settore fiscale ogni volta che la situazione finanziaria di un'impresa è migliorata grazie all'intervento dello Stato. In particolare, quando la posizione di un'entità viene favorita con condizioni economiche e finanziarie diverse dalle normali condizioni di mercato, esiste un vantaggio selettivo. Ciò può essere dovuto a vantaggi, alleggerimento o alla rinuncia degli oneri economici. Al fine di individuare se sussiste tale vantaggio competitivo, la situazione finanziaria *ante* deve essere confrontata con lo *status quo* dopo l'intervento.

L'Unione Europea nell'11 giugno 2014 avviava un procedimento di aiuto di Stato nei confronti di tre Stati membri in merito a *ruling* fiscali anticipati concessi in relazione alle pratiche di *transfer pricing* di alcuni gruppi multinazionali (Irlanda Apple, Lussemburgo Fiat, e Paesi Bassi Starbucks)¹⁷¹.

¹⁷¹ Commission Decision of 11.06.2014 in Case SA .38373 Ireland Alleged aid to Apple; Commission Decision of 21.10.2015 On State Aid SA.38375 which Luxembourg granted to Fiat; Commission Decision of 21.10.2015 On State Aid SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) implemented by the Netherlands to Starbucks; Commission Decision of 07.10.2014 in the Case SA.38944 Luxembourg Alleged aid to Amazon. M. Rasch e P.Wroblewski, *European Commission Decision on Fiat: State Aid Case Explained*, *International Transfer Pricing Journal*, November/December,

Le norme sugli aiuti di Stato impediscono, infatti, alle autorità fiscali di uno Stato di concedere un trattamento più favorevole ad un contribuente, come potrebbero verificarsi in un caso di accordo preventivo per la determinazione dei corrispettivi di transazioni Intercompany non conforme al principio dell'*arm's lenght*.

Da questo punto di vista, il caso più attinente si rinviene nella decisione della Commissione del 21 ottobre 2015 che ha reputato costituire un Aiuto di Stato un ruling concordato tra il Lussemburgo e la Fiat Financial and Trade Ltd. Quest'ultima società rendeva servizi di tesoreria e attività di finanziamento a entità del gruppo basate principalmente in Europa. Inoltre, gestiva diverse strutture di **cash pool** per le società del gruppo con sede in Austria, Belgio, Danimarca, Germania, Paesi Bassi, Spagna, Svizzera e Regno Unito; operava dal Lussemburgo e attraverso due filiali, una con sede nel Regno Unito e l'altra in Spagna.

La società in questione aveva sottoscritto con il Lussemburgo un ruling che anticipatamente andava a determinare l'imposizione a carico della propria attività di finanziamento.

Tale accordo prevedeva, da un lato, la predeterminazione della base imponibile e, dall'altro lato, la predeterminazione della redditività di tale attività tramite una metodologia reddituale del TNNM. Sulla base del rispetto di tutte le altre condizioni di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), la Commissione giungeva alla conclusione preliminare che l'APA costituiva un Aiuto di Stato

incompatibile, decidendo di avviare la procedura di cui all'articolo 108, paragrafo 2, del TFUE.

In particolare, la Commissione sosteneva che, poiché l'attività finanziaria costituiva un'attività per la quale era possibile rinvenire comparabili, sarebbe stato opportuno utilizzare una metodologia diversa, quale il CUP. La Commissione reputava che tramite l'approvazione di tale *ruling* il Lussemburgo perdesse carico fiscale, si alterassero i rapporti concorrenziali tra imprese all'interno dell'Unione Europea favorendo finanziariamente la società. La Commissione dimostrava, altresì, come l'APA conferisse un vantaggio selettivo, poiché si traduceva in una riduzione del debito fiscale in Lussemburgo che la società avrebbe dovuto sostenere ai sensi dell'ordinario sistema fiscale¹⁷².

Le decisioni assunte in tal senso dalla Commissione Europea pongono innumerevoli interrogativi sull'incertezza della validità ed efficacia degli accordi preventivi sulla determinazione dei corrispettivi in libera concorrenza. Il contribuente opta per l'instaurazione di un procedimento di accordo preventivo, investendo anche costi considerevoli per la sua attuazione, al fine di avere certezza dell'onere fiscale posto a carico di una certa struttura operativa o transazione negoziale.

¹⁷² J. Schaffner and S. Balliet, *BEPS, EU State Aid Investigations and LuxLeaks: And What about Luxembourg?*, International Transfer Pricing Journal, July/August, 2016, p. 279 e ss. .

Se tali accordi rischiano di essere annullati ed il contribuente restituire eventuali vantaggi fiscali conseguiti, inevitabilmente perdono gran parte delle loro credibilità e funzionalità.

In questa prospettiva, al fine di preservare l'utilità di tali strumenti, gli operatori dovrebbero limitarne l'utilizzo ai casi strettamente necessari in relazione alle peculiari difficoltà di determinazione del valore della transazione.

Risulta inevitabile che l'eventuale accordo preventivo per la determinazione della redditività di prestazioni di finanziamento non complesse non riferito ad indici di redditività pubblici tramite metodologie tradizionali quali il *Comparable uncontrolled price*, possa incorrere in contestazioni, anche in termini di violazione della disciplina degli Aiuti di Stato.

Pertanto, l'ambito di applicazione degli accordi preventivi dovrebbe essere limitato alla determinazione del prezzo in libera concorrenza di beni *intangibles* di difficile valorizzazione. Solo in tali casi, il ricorso a tali strumenti ne persegue la loro reale finalità, dando anche adeguata certezza agli operatori che l'accordo raggiunto non sia suscettibile di successive contestazioni.

Capitolo 7. Conclusioni.

Le decisioni della Commissione relative a come gli Apa convenuti in tema di prezzi di trasferimento possano integrare violazione di Aiuti di Stato, confermano parte delle conclusioni fin d'ora assunte.

Il principio dell'*arm's lenght*, soprattutto nell'ambito delle transazioni con oggetto *intangibles*, non raggiunge risultati del tutto soddisfacenti.

Anche se vengono utilizzate le medesime metodologie, vi è una discrezionalità nell'applicazione che può portare a risultati anche non conformi.

Non solo, la corretta applicazione dell'*arm's lenght* implica l'esistenza di comparabili che non sempre si è in grado di rinvenire. Da un lato, le peculiarità degli *intangibles* rendono difficoltoso il rinvenimento di prodotti simili ai fini dell'applicazione del *Comparable uncontrolled price*, dall'altro lato, il rinvenimento di transazioni comparabili comporta l'utilizzo di banche dati i cui costi di accesso sono proibitivi per imprese di modeste dimensioni. In ogni caso, anche per i gruppi multinazionali l'adeguarsi agli obblighi di documentazione comporta un aggravio di costi considerevoli. A tali maggiori costi non corrisponde, però, la certezza dell'operatore su eventuali successive contestazioni da parte delle competenti Amministrazioni Fiscali.

Tale ineluttabile constatazione porta sempre più le società ad accogliere la possibilità di effettuare accordi preventivi con le Amministrazioni di riferimento. Il ricorso a tali strumenti, se

unilaterali, comporta però l'ulteriore rischio di una doppia imposizione.

Gli stessi Apa, soprattutto in riferimento al prezzo di trasferimento dei beni, devono essere limitati a specifici casi in cui la determinazione dell'*arm's lenght* è incredibilmente aleatoria. Nei casi in cui, come le transazioni finanziarie, è possibile l'individuazione di una pluralità di adeguati comparabili ovvero è possibile predeterminare con facilità l'indice di rendimento – anche con riferimento a dati di autorità indipendenti – il ricorso agli Apa potrebbe facilmente integrare violazione della disciplina degli Aiuti di Stato.

Si comprende, quindi, la rilevanza che per le transazioni a contenuto più “*semplice*” si predispongano a livello europeo delle regole comuni con efficacia legislativa più forte di quanto sin d'ora operato dal *Joint Forum of Transfer pricing*.

Come si è già detto, un flebile tentativo è stato operato con l'introduzione delle “*Linee guida sui servizi intra-gruppo con basso valore aggiunto*” adottate dalla Commissione il 25 gennaio 2011 con comunicazione 2011/16 al fine di fornire alcune linee sulla valutazione delle transazioni di prestazioni di servizi *Intercompany*. Tali linee guida, però, non hanno riscontrato successo tra gli operatori, sia per la maggior affidabilità internazionale delle corrispondenti *Guidelines* Ocse, sia per il fatto che costituiscono sempre “*Soft law*”. Né ancora si sono concretizzate le istanze portate avanti dal JFTP a seguito dei Beps in termini di rivenire criteri comuni per l'individuazione dei comparabili¹⁷³.

¹⁷³ Roman Dawid, JTPF Discussion Paper on Comparables in the European Union, in 208

Seppur, quindi, è apprezzabile la volontà di regolamentare le prestazioni di servizi ed in generale le transazioni a basso contenuto di valore aggiunto, dall'altro l'Unione Europea dovrebbe muovere nel campo un passo più deciso diretto ad una maggior regolamentazione della materia, prendendo spunto da quelle nazioni che già stanno operando in tale direzione.

Un ulteriore rallentamento sul punto non può che incidere sulla competitività delle imprese europee che si trovano nell'impossibilità proprio in riferimento alle transazioni a basso valore aggiunto di avere certezza sulla determinazione dell'imposta.

Infatti, da un lato, non vi è una regolamentazione che disciplina la materia in maniera vincolante per tutte le parti interessate comprese le Amministrazioni Fiscali dei diversi Stati, dall'altro lato, degli eventuali APA stipulati potrebbero essere interpretati come violazione della disciplina degli Aiuti di Stato.

Tale situazione comporta quindi uno svantaggio competitivo delle imprese europee rispetto a quelle imprese che operano in mercati che presentano una regolamentazione più dettagliata in materia, come possono essere gli Stati Uniti o la stessa India.

Indice Bibliografico

M. Antonini e R. A. Papotti, *Principio di libera concorrenza per la valutazione dei prezzi di trasferimento*, in *Corriere Tributario*, 22 / 2017, p. 1707 e ss.

J. C. Armitage, V. A. Jaramillo, N. M. Kochman, H. D. Rosenbloom, *United States - Transfer Pricing*, IBFD, 2016.

R. Ashon, *Is the Commission's Arm's Length Principle Compatible with the Principle of Legal Certainty?*, Master Thesis, Master's Programme in European and International Tax Law 2016/2017, 6 June 2017, Lund University.

R.S. Avi-Yonah, *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation*, published by University of Michigan Law School Scholarship Repository, 2007, in http://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art73.

C. Bennett, C. Silberztein and G. D. Lemein, *The OECD Discussion Draft on the Transfer of Intangibles (Revision of Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines) – Detailed Comments*, *INTERTAX*, Volume 41, 2, p. 6 e ss..

G. Beretta, *Supreme Court Case on the Denial of Access to the Arbitration Convention*, in *International Transfer Pricing Journal*, November/December, 2015, p. 386 e ss.

M. V. Bhatnagar, *India Articulates Its View on Marketing Intangibles*, in *International Transfer Pricing Journal*, July/August, 2015, p. 250 e ss.

M. V. Bhatnagar, *Safe Harbour Rules: Are They Really Safe from a Taxpayer Perspective?*, in *International Transfer Pricing Journal*, January/February, 2014, p. 44 e ss.

Y. Brauner, *BEPS: The MLI – The First Multilateral Tax Treaty that Has Never Been*, INTERTAX, 2018, Volume 46, 1, p. 6 e ss.

Eter Burkadze, *Transactions with Hard-to-Value Intangibles: Is BEPS Action 8 Based on the Arm's Length Principle?*, in *International Transfer Pricing Journal*, September/October, p. 367 e ss.

A. Casley, S. Wlazlowski and S. Wood, *Profit Shifting and the United Kingdom*, in *International Transfer Pricing Journal*, January/February, 2015, p. 62 e ss.

V. Chand and S. Wagh, *The Profit Split Method: Status Quo and Outlook in Light of the BEPS Action Plan*, in *International Transfer Pricing Journal*, November/December, 2014, pp. 402 e ss.

G. Cottani, *Transfer Pricing, Transfer Pricing in the 21st Century: A New Approach to the Arm's Length Principle?*, in *The OECD BEPS Project and Its Impact on the Current Transfer Pricing Regulatory*, IFBD.

G. Cottani, *Transfer Pricing*, IFBD, p. .

G. Cottani, *Formulary Apportionment: A Revamp in the Post-Base Erosion and Profit Shifting Era?*, INTERTAX, Volume 44, 10, 2016, p. 755 ss.

R. Dawid, *JTPF Discussion Paper on Comparables in the European Union*, in *International Transfer Pricing Journal*, July/August, 2011, p.285 e ss.

E. Della Valle, *Il Transfer Pricing nel sistema di imposizione sul reddito*, in *Riv. dir. trib.*, fasc.2, 2009, p.133 e ss.

F. Di Cesare, *New Rules on International Tax Rulings for Enterprises with International Business Operations*, in *International Transfer Pricing Journal*, July/August, 2016, p. 334 e ss.

Duff & Phelps, *Insight: Transfer Pricing of Intangibles* 07/11/2012, 2, IBFD, 2014.<http://www.duffandphelps.com/insights/publications/compliance-and-regulatory/viewpoints/transfer-pricing-of-intangibles>.

B. Ferroni, *La nuova direttiva Ue per la risoluzione delle controversie fiscali*, in *Il fisco*, 5 / 2018, p. 454 e ss.

B. Ferroni, *Firmata la Convenzione multilaterale del progetto BEPS: effetti su migliaia di trattati fiscali in tutto il mondo*, in *Il fisco* 30/2017, p. 1-2952.

G. Fort, *Beni immateriali e transfer pricing: un punto finale*, in *Il fisco*, 2/2016, pagg. 1-149.

R. Franze, *Transfer Pricing and Distribution Arrangements: From Arm's Length to Formulary Apportionments of Income*, in *INTERTAX*, Volume 33, 6/7 , 2005, p. 260 e ss.

P. Frim e S. Gonnet, *An European view on Transfer pricing after Glaxo*, in *BNA international*, 11/06, p. 2 e ss.

C. Garbarino, P. Occhiuto: *Lo Strumento multilaterale per la modifica dei trattati contro le doppie imposizioni*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 2 / 2018, p. 44 e ss..

M. Garcia, J. Rosenkranz e S. Schnorberger, *Transfer Pricing Documentation: The EU Code of Conduct Compared with Member States Rules*, in *INTERTAX*, 34, 6/7, 2006 p. 305 e ss.

S. Giorgi, *Beni immateriali nel reddito d'impresa, tra "Forma" e "Sostanza"*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, fasc.1, 2015, p. 116 ss..

M. Glahe, *Transfer Pricing and EU Fundamental Freedoms*, in *EC TAX REVIEW* 2013/5, p. 222 e ss.

R. Goldscheiber, *The Classic 25% Rule and the Art of Intellectual Property Licensing*, 2011, *Duke L. & Tech. Rev.*, 6, 2011, p. 1 e ss.

L. Helderman, E. Sporken, R. Okten and M. Kanter, *A New Era in Determining Arm's Length Compensation for Intangibles? A Comparative Overview of Existing and Possible Future Transfer Pricing Principles*, in *International Transfer Pricing Journal*, November/December 2013, p. 359 e ss.

N. Herzig – M. Teschke, C. Joisten, *Between Extremes: Merging the Advantages of Separate Accounting and Unitary Taxation*, *INTERTAX*, Volume 38, Issue 6/7, p. 334 e ss..

H. I. Hignbotham, M. Levey, *When Arm's Length Isn't Really Arm's Length: Issues in Application of the Arm's-Length Standard*, INTERTAX, Volume 26. 8-9, 1998.

M. Koomen, *Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle – Part I*, in *International Transfer Pricing Journal*, May/June, 2015, p. 141 ss.

M. Koomen, *Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle – Part II*, in *International Transfer Pricing Journal*, July/ August, 2015, p. 230 ss.

A. Kumar Jain, *Is It Time To Anchor Intra-Group Services in the Safe Harbour?*, in *International Transfer Pricing Journal*, November/December, 2014, p. 432 e ss.

M. Lagarden, “*Intangibles in a Transfer pricing Context: Where does the Road Lead?*”, *International Transfer Pricing Journal*, September/October, 2014, p. 331 e ss.

M. Lagarden, *Brand Valuation in Business Practice – Part I*, *International Transfer Pricing Journal*, July/August, 2012, pp. 247 e ss.

M. Lagarden, *Brand Valuation in Business Practice – Part 2*, in *International Transfer Pricing Journal*, September/October, 2012, p. 299 e ss.

M. Lagarden, *New Transfer Pricing Documentation Requirements for Companies: Routes to Simplification?*, in *International Transfer Pricing Journal* January/February, 2016, p. 51 e ss.

R. Lani, G. Richardson, G. Taylor, *Multinationality, Tax Havens, Intangible Assets, and Transfer Pricing Aggressiveness: An Empirical Analysis*, in *Journal of International Accounting research*, American Accounting Association, Vol. 14, 2015, pp. 25–57;

G. Maisto, “*Il transfer pricing*” nel diritto tributario italiano e comparato”, CEDAM, 1985.

G. Maisto, *Italy, Transfer Pricing*, capitolo basato su informazioni aggiornate al 31 August 2015, IFBD.

A. Massimiano, *Guidelines from Italian Tax Authorities on the Arbitration Convention: An Analysis in Light of the EU Code of Conduct*, in *International Transfer Pricing Journal*, January/February, 2014, p. 50 e ss.

M. Markham, *The transfer pricing of intangibles*, Kluwer Law International, p. 1 ss.;

M. Markham, *A Rose by Any Other Name...? The OECD'S Proposed Revised Definition of Intangibles*, INTERTAX, Volume 43, 11, p. 673 e ss.;

F. Menti, *Il valore normale e il prezzo di libera concorrenza nelle transazioni fra imprese del gruppo transnazionale residenti negli Stati membri dell'UE*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 5 / 2014, p. 765 e ss.

Y. Mondelaers e I. Verlinden, *Transfer Pricing Aspects of Intangibles: At the Crossroads between Legal, Valuation and Transfer Pricing Issues*, 17. in *Transfer Pricing Journal*, (2010), ripubblicato Journals IBFD (8 September 2017).

OCSE, *Linee Guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali*, luglio 2010.

OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017,

A. Oestreicher, *Transfer Pricing of Intangibles in Cases of Post-merger Reorganization: Lessons from the Revised OECD Draft*, *INTERTAX*, Volume 42, 8, p. 509 e ss.

R. Okten, *A Comparative Study of Cost Contribution Arrangements: Is Active Involvement Required To Share in the Benefits of Jointly Developed Intangible Property?*, in *International Transfer Pricing Journal*, January/February, 2013, p. 3 e ss.

A. Pallotta e S. Zucchetti, *Italian Patent Box Regime: Thinking Outside the Box or Just More Harmful Tax Competition?*, in *International Transfer Pricing Journal*, January/February, 2016, p. 68 e ss..

A. Panse, *Workforce in Place: Is It an Intangible to Pay for?*, in *International Transfer Pricing Journal*, May/June, 2014, p. 147 e ss.

M. Pankiv, *Contemporary Application of the Arm's Length Principle in Transfer Pricing*, Online Books IBFD (22 June 2017).

M. Piazza, C. Resnati e A. Trainotti, *Concetto di beneficiario effettivo: l'analisi di Assonime sulle numerose incertezze*, in *Il fisco*, 3, 2017, pag. 1-256.

R. Rizzardi, *Con la Convenzione Multilaterale le azioni Beps entrano direttamente negli accordi dei singoli Stati*”, in *Corriere Tributario*, 3/2017, p. 223 ss.

J. Schaffner , S.Balliet, *BEPS, EU State Aid Investigations and LuxLeaks: And What about Luxembourg?*, *International Transfer Pricing Journal*, July/August, 2016, p. 279 e ss. .

E. Sporken, P. Visser, *Intangibles in a BEPS World and How the Netherlands Is Complying with OECD Rules*, *International Transfer Pricing Journal*, 2016, p. 33 e ss.

E. Sporken, P. Visser, *BEPS Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles and the Need for Substance and Transfer Pricing Documentation*, in *International Transfer Pricing Journal*, January/February, 2015, p. 11 e ss.

G. Tabet, *Il diritto di autore nella normativa tributaria*, in *Rass. trib.*, 1988, I, p. 55.

TEI, *Comments on BEPS Action 8: CCAs, S e p tem b e r/O c to b e r 2015*, pp. 57 e ss.

A. Ting, *iTax—Apple’s International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue*, *Thomson Reuters (Professional) UK Limited and Contributors*.

A. T’ng, *The Modern Marketplace, the Rise of Intangibles and Transfer Pricing*, *INTERTAX*, Volume 44, 53, 2016, p. 413 e s.

P. Valente, *Transfer pricing: la remunerazione dei servizi a basso valore aggiunto*, in *Il fisco*, 8/2015, pag. 1 e ss..

P. Valente, *Manuale del Transfer pricing*, 2012, p. 1528.

P. Valente, *Documentazione nel transfer pricing, dalle linee guida OCSE alla riforma italiana*, in *Il fisco*, 5/2016, p. 439 e ss.

H. Van Dam, T. Wiertsema, Loyens & Loeff, *The Netherlands, Transfer Pricing*, IFBD.

M. Van Herksen, *The Transfer Pricing of Intangibles by Michelle Markham*, INTERTAX, Volume 34, Issue 11, pp. 562 e ss.

J.-P. Vidal, *The Achilles' Heel of the Arm's Length Principle and the Canadian GlaxoSmithKline Case*, INTERTAX, Volume 37, 10, 2009.

D. R. Wright, H.A. Keates, J.Lewis e L. Auten, *The BEPS Action 8 Final Report: Comments from Economists*, *International Transfer Pricing Journal*, March/April, 2016, pp. 99 e ss..

